

PAPER DETAILS

TITLE: CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLARDA İLGİLİNİN RİZASI

AUTHORS: Ersin SARE

PAGES: 977-1023

ORIGINAL PDF URL: <https://dergipark.org.tr/tr/download/article-file/850756>

CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLARDA İLGİLİNİN RIZASI

DOI: <https://doi.org/10.33717/deuhfd.644278>

Ersin ŞARE*

Öz

Kişinin kendisine karşı gerçekleştirilen ve suç niteliğinde olan fiile razı olması, kanundaki şartları taşımak şartıyla, işlenen fiilin hukuka aykırılığını bertaraf eder. Bu yönüyle TCK'nın 26/2 maddesinde düzenlenen ilgilinin rızası hükmü genel bir hukuka uygunluk nedenidir. Cinsel saldırı, çocuğun cinsel istismarı suçları yönünden ilgili kişinin cinsel davranışa karşı gösterdiği rıza ise suçun tipikliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu yönüyle cinsel davranışa karşı gösterilen rıza ile bir hukuka uygunluk nedeni olan ilgilinin rızası birbirinden farklılık göstermektedir. Cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlarda genellikle tanık bulunmaz ve ispat faaliyetinde sorun yaşanmaktadır. Faillerin genellikle yapmış oldukları savunma, mağdurunda bu fiile razı olduğu yönündedir. Bu nedenle ilgilinin rızası konusu Cinsel Özgürlüğe karşı suçlarda büyük önem arz etmektedir.

Anahtar Kelimeler

İlgilinin Rızası, Cinsel Saldırı, Cinsel İstismar, Cinsel Taciz, Hata

CONSENT OF VICTIM IN THE CRIMES AGAINST SEXUAL FREEDOM

Abstract

The person's consent to the offensive act made (committed) against shall eliminates the illegality of the act committed, provided that the conditions in the

* Adana Hakimi (2. Asliye Ticaret Mahkemesi Üyesi) (e-posta: ersinshare@hotmail.com)
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1441-5146> (Makalenin Geliş Tarihi: 08.04.2019)
(Makale Gönderilme Tarihi: 09.04.2019/Makale Kabul Tarihi: 28.10.2019)

law are met. In this respect, provision for the victim's consent regulated in article 26/2 of the Turkish Penal Code is a common (Justification) cause of compliance with the law. In terms of sexual assault, victim's consent for the sexual behavior eliminates the existence of crime (actus reus) elements in aspect of the crimes related to child's sexual abuse. In this respect, the consent given to sexual behavior and the consent of a victim as justification are differed from each other. Crimes against Sexual Freedom are witnessed rarely and there is a problem of proof. Defense made by the perpetrators is generally indicating that the victim had consent for such action. Therefore, the issue of victim's consent is essential for crimes against Sexual Freedom.

Keywords

Consent of Victim, Sexual Assault, Sexual Abuse, Sexual Harassment, Mistake

GİRİŞ

“Rıza” ya da konumuz ile alakalı ifade ediliş şekliye “rıza gösterme”; bir kimsenin, kendisine yönelen bir davranışa razı olması, müsaade etmesi, uygun bulması ya da onaylaması anlamlarına gelmektedir¹. Hukuki anlamda ilgili kişinin rızası ise, bir kimsenin, başka kişiye ait hak ya da menfaati zarara uğratma ya da tehlikeye koyma şeklindeki suç teşkil edebilecek fiilinin, (kanundaki şartları taşımak şartıyla) gösterilen rıza nedeniyle hukuka uygun kabul edilmesi ve bu nedenle cezalandırılmamasıdır².

Türk Ceza Kanunu’nun 26/2. maddesinde hukuka uygunluk nedenlerinden biri olan “ilgilinin rızası” hükmüne yer verilmiştir. TCK’nın 26/2 maddesine göre; *kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hakkına ilişkin olmak üzere, açıkladığı rızası çerçevesinde işlenen fiilden dolayı kimseye ceza verilmez*³. Madde gerekçesinde de belirtildiği üzere

¹ Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, 11. Baskı, Ankara/2011, s. 1979. “Rıza” ifadesi, hoşnutluk, memnurluk, istek, kendi isteği anlamlarına da gelmektedir. Bkz. **Develioğlu**, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 26. Baskı, Ankara 2010, s. 1042.

² Suç kurbanının rızasının, kural olarak ceza sorumluluğunu kaldırmayacağı şeklindeki görüş için bkz. **Taner**, Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, Üçüncü Basım, İstanbul 1953, s. 431. 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde “ilgilinin rızası” hukuka uygunluk nedenine ilişkin olarak kanunda herhangi bir düzenleme yoktu. Böyle bir düzenlemeye yer verilmemesine rağmen “ilgilinin rızası” kanunda düzenlenmeyen hukuka uygunluk nedenleri arasında kabul edilmekteydi. 5237 sayılı TCK’nın yürürlükte olmadığı dönemde yazdığı eserinde **Taner**, suç kurbanının rızasının ceza mesuliyetini kaldırmayacağı görüşündedir. Çünkü işlenen suç her şeyden önce toplumun huzur ve sükununu bozmuştur. Takibi şikayete bağlı suçlar yönünden kişi isterse, şikayette bulunmayarak kendisine karşı suç teşkil eden fiili gerçekleştiren kişinin ceza almamasını sağlayabilir. Takibi şikayete bağlı olmayan hırsızlık ve cinsel saldırı gibi suçlar yönünden ise suç kurbanının rızası, ceza mesuliyetini kaldıran bir sebep olmaktan ziyade suçun oluşumunu engelleyen negatif bir maddi unsurdur. Bkz. **Taner**, s. 431-435.

³ Alman Ceza Kanunu’nda bizim kanunumuzda olduğu gibi “ilgilinin rızası” şeklinde genel bir düzenlemeye yer verilmemiştir. Bununla birlikte öğretide “ilgilinin rızası”, örf ve adet hukuku tarafından kabul gören bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmektedir. Bkz. **Heinrich**, Bernd: Ceza Hukuku Genel Kısım I, Editör: Yener Ünver, Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ankara 2014, s. 292; İtalyan Ceza Kanunu’nun 50. maddesinde genel bir düzenleme olarak “ilgilinin rızası” hükmüne yer verilmiştir. İTCK’nın 50. maddesine göre; “*bir hakkı, geçerli bir şekilde kullanabilecek kimsenin muvafakatı ile o hakka zarar veren veya tehlikeye koyan kimse cezalandırılmaz.*” Bkz. **Pisapia**, Gian Domenico: İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım, Çeviren: Atıf Akgüç, Padova 1965, s. 131.

“ilgilinin rızası”⁴ ifadesine kullanmak daha doğrudur. Zira hukukun çizdiği sınırlar içerisinde gösterilen geçerli rıza hallerinde suç oluşmayacağından mağdur bir kişiden de söz edilemeyecektir⁵.

Anayasa’nın 20. maddesine göre; *herkes, özel hayatına ve aile hayatına saygı gösterilmesini isteme hakkına sahiptir. Özel hayatın ve aile hayatının gizliliğine dokunulamaz.* Bu hükümde yer alan hayatın gizli alanı sadece bireyi ilgilendirir ve ondan başkasının bu alana girmesi Anayasa hükmü uyarınca mümkün değildir. Kişinin cinsel hayatı bu gizli alan içerisinde ve hiçbir şekilde dışarıdan müdahale edilmesi mümkün değildir⁶. Bu gizli alanda yalnızca birey ve karşısındaki kişi bulunmaktadır. Çoğunlukla cinsel suçlar, bu gizli alanda işlenmektedir. Gerçekleştirildiği iddia edilen cinsel suçlar yönünden ekseriyetle tanık bulunmaz ve yapılan savunma genellikle “kişinin bu fiile rızası var” savına dayanır. Bu yüzdendir ki cinsel suçlar yönünden, ilgilinin geçerli bir rızasının varlığının ya da yokluğunun tespiti büyük önem taşımaktadır.

Cinsel suçların mağdurlarının çoğunlukla kadınlar olduğu bir gerçektir⁷. Ancak cinsel suçlar erkeklere karşı da gerçekleştirilebilen suçlardır. Nitekim Türk Ceza Kanunu’ndaki “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen suçlar yönünden herhangi bir cinsiyet belirlemesi yer almamaktadır. Yine 765 sayılı TCK’da yer verilen ve mahiyeti gereği yalnızca bir kadına karşı gerçekleştirilebilen suçlara yeni ceza kanununda yer verilmemiştir⁸.

Hukuka uygunluk nedeni olan “ilgilinin rızası” ile suçun tipik oluşunu engelleyen ve suçu negatif bir maddi unsuru olan “rıza” arasındaki farkı daha belirgin hale getirmek için bu çalışmada öncelikle bir hukuka uygunluk nedeni olan ve TCK’nın 26/2. maddesinde düzenlenen “ilgilinin rızası”

⁴ Öğretide bazı yazarlarca bu ifadenin yanı sıra “Mağdurun rızası” ifadesi de kullanılmaktadır.

⁵ “Kişi tarafından gösterilen rıza, fiilin işlenmesinden önce veya en geç işlenmesi sırasında açıklandığında etkili olacak ve bu durumda artık mağduriyet söz konusu olmayacağı için mağdur yerine ilgili terimi tercih edilmiştir.” Bkz. **Bayraktar**, Köksal: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2006, s. 20.

⁶ **Öztürk**, Bahri: “Hasta Hakları ve Ötanazi”, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 577-578.

⁷ **Centel**, Nur: “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması”, Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 59.

⁸ “Evlenme amacıyla kandırıp kızlık bozma suçu” (765 sayılı eTCK m. 423) yalnızca kadınlara karşı gerçekleştirilebilen bir suçtu ve yeni Türk Ceza Kanunu’nda bu suça yer verilmemiştir.

konusuna değinilecek ve sonrasında “cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar” yönünden kişinin göstermiş olduğu “rıza”nın hukuki niteliği, değeri ve geçerliliği konusunda açıklamalarda bulunulacaktır.

I. TÜRK CEZA KANUNU’NDA DÜZENLENEN “İLGİLİNİN RIZASI”NIN HUKUKİ NİTELİĞİ

TCK’nın 26/2. maddesinde düzenlenen ilgilinin rızası bir hukuka uygunluk nedenidir⁹. Hukuka uygunluk nedeni olması nedeniyle gerçekleştirilen fiil tüm hukuk dalları¹⁰ yönünden hukuka uygun hale gelir¹¹. Ancak belirtmek gerekir ki ilgilinin göstermiş olduğu rıza her koşulda fiili hukuka uygun hale getirmez. Kişinin mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak üzerinde, kanunun cevaz verdiği sınırlar içerisinde ve irade fesadı olmadan verdiği rıza fiili hukuka uygun hale getirir. Aşağıda daha ayrıntılı şekilde değinileceği üzere, ceza hukuku sistemimize göre bir kişiyi, rızası dahilinde olsa bile öldürmek, fiili hukuka uygun hale getirmez ve kişi kasten adam öldürme suçundan sorumlu olur¹².

⁹ Bkz. **Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II, On İkinci Bası, İstanbul 1999, s. 68, “rıza’yı hukuka uygunluk sebebi saymayıp da, failin saiki dolayısıyla kusurluluğu ortadan kaldıracı bir sebep addeden pozitivistler bile, rıza ile öldürme halinde failin cezalandırılmasını kabul etmektedirler. Şu halde suç kurbanının rızasını, suçun diğer unsurları yönünden değil, fakat hukuka aykırılık unsuru bakımından incelemek zorunluluğu vardır.” İlgilin rızasını bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul eden diğer yazarlar: **Hakeri** (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 355 vd; **Öztürk/Erdem**, s. 236 vd; **İçel**, s. 380 vd; **Zafer**, s. 312 vd.

¹⁰ Kanunun belirlediği sınırlar içerisinde gösterilen rıza dahilinde gerçekleştirilen fiil, özel hukuk yönünden bir zarara nedeni olmuş ise bu zararın tazmini istenemeyecektir. Bkz. **Şare**, Ersin: “Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 1, Yıl 83, Ocak/2018, s. 17. Ancak 6098 sayılı Türk Borçlar Kanunu’nda ilgilinin rızası hallerinde dahi tazminat sorumluluğunun devam edebileceğini işaret eden bir hüküm yer almaktadır. TBK’nın 52. maddesine göre; “zarar gören, zararı doğuran fiile razı olmuş ise hakim, tazminatı indirebilir veya tamamen kaldırabilir.” İlgilinin rızası hallerinde tazminat sorumluluğunun kaldırılması hakimın takdirine bırakıldığından aksi bir yorumla bu gibi hallerde mahkemece tazminata da hükmedilebileceği söylenebilir.

¹¹ **Katoğlu**, Tuğrul: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003, s. 21-24.

¹² “Ötanazi” hukuk düzenimizce yasaklanmıştır. Bu konudaki görüşler için bkz. **Bayraktar**, Köksal: “Kasten Adam Öldürme”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, Yıl 2013, s. 62-64. Failin icrai bir hareketle isteğe bağlı olarak mağdurun yaşamına son verdiği “aktif ötanazi” hallerinde kasten öldürme suçunun oluşacağı ve hatta failin şartları gerçekleşmiş ise kasten öldürmenin nitelikli hali olan tasarlamadan (TCK m. 82/1-a) sorumlu olabileceği ifade edilmiştir. Bkz. **Hakeri**, Hakan: Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, 2. Baskı, Ankara 2007, s. 51.

Tipikliğin oluşmasına engel olan “rıza” ile bir hukuka uygunluk nedeni olan “ilgilinin rızası” aynı şeyler değildirler ve farklı sonuçlar doğurmaktadırlar.

II. HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLAN “İLGİLİNİN RIZASI”NIN VARLIĞINA İLİŞKİN ŞARTLAR

Hukuka uygunluk nedeni olan ‘ilgilinin rızası’nın varlığı için bazı şartların birlikte gerçekleşmesi gerekir. Bu şartları, “rıza açıklama ehliyetinin bulunması”, “rızanın üzerinde mutlak tasarruf edilebilir bir hukuki menfaate ilişkin olması” ve “hukuken geçerli bir rıza açıklamasının bulunması” şeklinde sıralayabiliriz. Aşağıda kısaca bu şartlara ilişkin açıklamalarda bulunulacaktır.

A. Rıza Açıklama Ehliyetinin Bulunması

Rıza beyanında bulunan ilgilinin, temyiz kudretine sahip olması ve rızasını açıkladığı sırada rıza açıklama ehliyetini kaldıran başkaca bir etmenin bulunmaması gerekir¹³. Hak ya da menfaat sahibinin, akıl hastalığı, yaş küçüklüğü¹⁴, sağır ve dilsizlikten veya arızı bir sebepten kaynaklı olarak temyiz kudreti bulunmuyorsa açıklamış olduğu rıza geçerli olmayacaktır¹⁵.

Rıza gösterecek kişi, rıza gösterdiği fiilin, ne gibi sonuçlar doğurabileceğini anlayabilecek durumda olmalıdır. Bunu algıladıktan sonra sübjektif değerlendirme süreci başlar ve bunu da irade etme ve isteme süreçleri izler. Kısaca kişi, algılama, algıladığını değerlendirebilme ve irade etme yeteneğine sahip ise geçerli bir rıza açıklamasından söz edilebilecektir¹⁶.

Geçerli bir rızadan söz edebilmek için ayrıca kişinin rıza iradesini dış dünyaya ortaya koyabilecek, kendisini ifade edebilecek yetenekte olması gerekir. Bu nedenle bilinci kapalı kişilerin rıza açıklamaları mümkün olmadığından rıza ehliyetlerinin varlığından söz edilemez¹⁷. Yine kanuni temsilcilerin, küçük ya da kısıtlı adına gösterdikleri rıza beyanlarını ayrı tutarsak rıza da temsil mümkün değildir. Kendine karşı suç niteliğindeki fiilin işlen-

¹³ İçel, Kayıhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016, s. 383.

¹⁴ Türk Ceza Kanunu’nun 6/b. maddesine göre, çocuk deyiminden on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır. Ceza hukuku sistemimizde kişinin çocuk olması, göstermiş olduğu rızanın her koşulda mutlak olarak geçersiz olduğu anlamına gelmeyecektir. Nitekim cinsel suçlar yönünden, on beş yaşını doldurmuş olan kişinin rızası kural olarak geçerli kabul edilmektedir.

¹⁵ Dönmezer/Erman, s. 71.

¹⁶ Şahin, Meral Ekici: Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012, s. 151-158.

¹⁷ Demirbaş, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012, s. 309.

mesine razı olma, kişiye sıkı sıkıya bağlı bir menfaat ya da hak olduğundan, bu hakkın ya da menfaatin zarara uğratılması veya tehlikeye konulmasına razı olma kararının bir başkasına devredilmesi halinde geçerli bir rızadan söz edilemez¹⁸. Ancak 2238 sayılı Organ ve Doku Alınması, Saklanması, Aşıl原因ması ve Nakli Hakkında Kanun ile bu kriterlere istisnai bir hüküm getirilmiştir. İlgili kanunun 14. maddesine göre; *bir kimse sağlığında vücudunun tamamını veya organ ve dokularını, tedavi, teşhis ve bilimsel amaçlar için bıraktığını resmi veya yazılı bir vasiyetle belirtmemiş veya bu konudaki isteğini iki tanık huzurunda açıklamamış ise sırasıyla ölüm anında yanında bulunan eşi, reşit çocukları, ana veya babası veya kardeşlerinden birisinin; bunlar yoksa yanında bulunan herhangi bir yakınının muvafakatiyle ölüden organ veya doku alınabilir*¹⁹.

İrade fesadı olmadan alınan rızanın, başkalarına göre objektif olarak mantıklı ve makul olmaması peşinen kişinin rıza ehliyetinin olmadığını göstermez²⁰.

Rıza açıklama ehliyetinin varlığının tespitinde somut olayın özelliklerine bakmak gerekmektedir. Bu nedenle rıza açıklanmasının, her koşulda kesin olarak geçerli olduğunu kabul edebileceğimiz belirli bir medeni durumdan ya da yaş aralığından söz etmek mümkün değildir²¹. Hiç şüphesiz rıza açıklama yaşı konusunda ceza ya da başka kanunlarda bir belirleme yapıldıysa, ceza ya da ilgili kanunlarda getirilen kıstas esas alınacaktır²². Nitekim aşağıda daha ayrıntılı değinileceği üzere cinsel özgürlüğe karşı suçlar yönünden TCK’da, rıza açıklama ehliyetinin geçerli kabul edildiği iki farklı yaş grubu öngörülmüştür. TCK’daki düzenlemeye göre; on beş ile on

¹⁸ **Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2016, s. 359, “*kanuni temsilcinin açıkladığı rızada küçüğün ya da kısıtlının menfaati bulunmalıdır.*” **Centel/Zafer/Çakmut**, s. 320.

¹⁹ Her ne kadar organı bir başkasına nakledilecek kişi tıbben ölü kabul edilse de, öldükten sonra vücudu üzerinde ne gibi tasarrufta bulunulabileceği kararı sağken yine o kişiye aittir. Bu kanun sayesinde sağken böyle bir iradesi ve rızası bulunmamasına rağmen, yakınlarının kararıyla, öldükten sonra kişinin organları bir başkasına bağışlanabilmektedir.

²⁰ **Şahin**, s. 154.

²¹ **Heinrich**, s. 300-301, “*Rıza ehliyetine sahip olması için kişinin ruhen ve ahlaken olgunluğa sahip olması, hukuki menfaate yapılacak müdahalenin kapsam ve anlamını bilmesi, korunan hukuki menfaatinden vazgeçtiği ve müdahale ile sonuçta nasıl bir olgu ile karşılaşacağı durum hakkında değerlendirme yapabilmesi gerekmektedir. Bu durum her somut olayda ele alınmalıdır.*”

²² **Çakmut**, Özlem Yenerer: Tıbbi Müdahaleye Rıza’nın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003, s. 207.

sekiz yaşındaki çocukların, temyiz kudretine sahip olmak şartıyla cinsel davranışa rıza gösterme ehliyeti bulunmaktadır. Ancak şikayet olması halinde fail, cezası daha az olan reşit olmayan ile cinsel ilişki suçundan cezalandırılabilir. On sekiz yaşından büyük olan kişilerin ise, diğer şartları taşımak kaydıyla kendilerine karşı gerçekleştirilen cinsel davranışa rıza gösterme ehliyeti bulunmaktadır.

Ceza hukuku alanında esas alınan rıza ehliyeti ile Medeni Kanun'da sınırları çizilen fiil ehliyeti²³ aynı şeyler değildir. Bu nedenle ceza hukuku alanında rıza ehliyetinin belirlenmesinde, Medeni Kanun'da sınırları çizilen fiil ehliyetinin esas alınması mümkün değildir²⁴. Bununla birlikte ceza kanununda rıza gösterme ehliyeti konusunda herhangi bir belirleme yapılmadıysa, Medeni Kanun'da fiil ehliyetinin sınırlarını çizen hükümlerden faydalanılabilir. Kişi medeni kanuna göre fiil ehliyetine sahipse, özellikle mal varlığına ilişkin tasarruflarda rıza gösterme ehliyetine sahip olduğu karine olarak söylenebilir. Ancak bu gibi durumlarda da ceza kanunda aksine bir düzenleme varsa ve somut olayın özellikleri geçerli bir rıza açıklama ehliyetinin var olduğunu göstermiyorsa, kişi fiil ehliyetine sahip olsa bile gösterilen rıza geçerli olmayacaktır²⁵.

On sekiz yaşının altında, ayırt etme gücüne sahip ve anne ile babasının her ikisinin birlikte rıza göstermesi²⁶ koşuluyla yargıç kararı sonucu ergin olan²⁷ bir kişi, rızası dahilinde bir başkası ile cinsel ilişkiye girdikten sonra

²³ Medeni Kanun anlamında fiil ehliyeti, kendi fiili ile hak kazanabilme ya da yükümlülük altına girebilmedir. Fiil ehliyeti, kişinin gerçekleştirdiği fiilin hukuki sonucunu kendisine isnat edebilmesini ifade etmektedir. bkz. **Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Özdemir**, Saibe Oktay: *Kişiler Hukuku*, 16. Bası, İstanbul 2016, s. 49. Türk Medeni Kanunu'nun 10. maddesinde fiil ehliyeti için gerekli olan şartlar sıralanmıştır. Bu maddeye göre, fiil ehliyetinin varlığı için ayırt etme gücüne sahip olmak, ergin olmak ve kısıtlı olmamak gerekir. Bkz. **Serozan**, Rona: *Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku*, 4. Bası, İstanbul 2013, s. 428.

²⁴ **Şahin**, s. 140. "*Türk Ceza Hukuku öğretisi ve uygulamasında da rıza ehliyetinin belirlenmesinde, hukuki işlem ehliyetinin esas alınmayacağı görüşü hakimdir.*"

²⁵ Bunun yanında Medeni Kanun uyarınca fiil ehliyetine sahip olmayan bir kişinin, ceza hukuka alanında rıza gösterme ehliyetinin var olduğu hallerin varlığından söz edilebilecektir. Yaşlılık nedeniyle kısıtlama altına alınan ve tam fiil ehliyetine sahip olmayan birinin göstermiş olduğu rıza, somut olayın özelliklerine göre ceza hukuku alanında geçerli kabul edilebilecektir.

²⁶ **Serozan**, s. 431.

²⁷ Kural olarak kişi on sekiz yaşını tamamlamasıyla ergin olur. (TMK m. 11/1). Bunun yanı sıra on sekiz yaşını tamamlamadan da erginlik kazanılabilir. Kanunda belirtilen şartları taşımak şartıyla kişi evlenince ergin olur. (TMK m. 11/2) ya da on beş yaşını bitirmiş çocuk anne ve babasının birlikte gösterdiği rıza ile yargıç kararıyla ergin kılınabilir. (TMK m. 431)

bu kişiden şikayetçi olursa reşit olmayan ile cinsel ilişki suçunun oluştuğunun kabulü gerekecektir²⁸. Mağdurun bu gibi bir olayda fiil ehliyetine sahip olması, suçun oluşumunu engellemez. Zira öncelikle Ceza Kanunu'nda belirlenen rızaya ilişkin yaş sınırlamasının esas alınması gerekmektedir.

B. Rızanın Üzerinde Mutlak Tasarruf Edilebilir Bir Hukuki Hak ya da Menfaate İlişkin Olması

Geçerli bir rızanın varlığı için, kişinin ihlal edilmesine rıza gösterdiği menfaat ya da hakkın, “mutlak surette tasarruf edilebilen menfaat ya da haklar”dan olması gerekmektedir²⁹. Devletin yalnızca bireyin serbestçe yararlanmasını garanti altına almak amacıyla tanıdığı haklar, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen haklardır³⁰.

Soruşturması ve kovuşturması şikayete bağlı suçlar yönünden kişinin, ihlal edilen hakkı üzerinde mutlak surette tasarruf yetkisi olduğu söylenebilir. Bu gibi durumlarda yalnızca, suça maruz kalan kişinin bu fiile rıza gösterme ehliyetinin bulunup bulunmadığı araştırılacaktır³¹.

Yaşam hakkı, kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak değildir. Kamu düzeni gereği herkesin doğal yolla ölmesi esas alınmıştır. Kurtulma ümidi kalmamış olan ya da tedavisinin bulunmadığı bir hastalığa tutulmuş bulunan bir kimse, acılarından bir an evvel kurtulmak için bir başkası tarafından öldürülmeye razı olsa ve hatta bu hususta ısrar etse bile, onun ölümü için icrai ya da ihmali³² fiillerde bulunan kimse kasten öldürme suçundan cezalandırılacaktır. Kişinin kendi isteği ile bir başkası tarafından hayatına son verilmesi olarak tanımlanan “ötanazi” hukuk düzenince yasak-

²⁸ On sekiz yaşının altında olup evlenme yoluyla ergin olan kişilerin durumu aşağıda değerlendirilmiştir.

²⁹ “Kanunda yer alan “kişinin üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği bir hak” ifadesi yerine “üzerinde hukuken geçerli şekilde tasarruf edebileceği bir varlık (veya menfaat)” ifadesinin kullanılmasının daha isabetli olacağı, zira cezaen korunan menfaatlerin her zaman gerçek anlamda hak aşamasına ulaşmadığı, dolayısıyla tasarruf edilebilir olabilmeleri için hak niteliğini kazanmış olmasının gerekmediği ifade edilmiştir. Bkz. **Toroslu**, Nevzat: Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987, s. 47.

³⁰ **Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, 18. Baskı, Ankara 2012, s. 177.

³¹ **Bakıcı**, Sedat: Ceza Hukuku Genel Hükümler, İkinci Baskı, Ankara 2008, s. 581.

³² Ölmek isteyen bir kimsenin kendisine tedavi uygulanmasını, yardım edilmesini veya ameliyat yapılmasını istemediği durumlarda, bilinci açık bu kişilerin talebine uyan kimselerin, garantör olsun (kanunen tıbbi müdahalede bulunmak zorunda olan doktorlar) veya olmasınlar, meydana gelecek neticeden sorumlu tutulmaması gerektiği, bu itibarla, pasif ötanazinin hukuka uygun olduğu savunulmuştur. Bkz. **Hakeri**, (Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83), s. 51.

lanmıştır³³. Faildeki saik, bir başkasının acısını dindirmek de olsa yürürlükteki mevzuata göre fail, kasten öldürme suçundan sorumlu olacaktır³⁴. Bununla birlikte bu gibi hadiselerde TCK'da “takdiri indirim nedenleri” başlığı altında düzenlenen ve genel bir hafifletici neden niteliğinde olan 62. maddenin uygulanabileceği ifade edilmiştir³⁵.

Tıbbi müdahalelerde rıza, eksik ve yanıltıcı bilgiye dayalı olarak alınmış ise geçersizdir³⁶. Yine kasten yaralama niteliğinde olan cerrahi müdahaleler yönünden, kanunun belirlediği şekil ve kapsamda kişinin rızasının alınmış olması gerekir.

Kişi, tedavi için üzerinde deney yapılmasını kabul edebilir³⁷. Ancak bunun da sınırları bulunmaktadır. Geçerli bir rızadan söz edebilmek için kişideki mevcut hastalığın iyileşmesinde, bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması ve kişinin rızası

³³ **Erem**, Faruk/**Danışman**, Ahmet/**Artuk**, Mehmet Emin: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On Dördüncü Baskı, Ankara 1997, s. 433.

³⁴ Mağdurun rızası ve onayı üzerine onu öldüren kişinin fiilinin, kasten öldürme suçundan ayrı ve bağımsız bir suç olarak düzenlenmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. **Vidal**, Georges/**Magnol**, Joseph: Ceza Hukuku, Çeviren: Şinasi Devrin, Ankara 1946, s. 277. Alman Ceza Kanunu'nda mağdurun isteğe bağlı öldürülmesi durumuna ilişkin olarak kasten adam öldürme suçuna göre cezası daha az olan özel bir düzenlemeye yer verilmiştir. Bkz. (StGB m. 216) Bu maddeye göre; *öldürdüğü insanın açık bir şekilde ifade edilmiş ve ciddi isteği üzerine, o kişiyi öldürmeye sevk edilmiş olan bir kişi, altı aydan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.* Kanun maddesinin tercümesi için bkz. **Yenisey**, Feridun/**Plagemann**, Gottfried: Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009, s. 287.

³⁵ **Erem**, Faruk: “Adam Öldürme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, Yıl 1953, s. 37.

³⁶ Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 04.07.2018 tarih ve 2016/25663 Esas 2018/7615 Karar. “Avrupa Biyotıp Sözleşmesi 09.12.2003 tarihli Resmi Gazetede yayınlanarak yürürlüğe girmiştir. Biyotıp sözleşmesinin 5. Maddesinde ‘Rıza’ konusu düzenlenmiş ve ‘Sağlık alanında herhangi bir müdahale, ilgili kişinin bu müdahaleye özgürce ve bilgilendirilmiş bir şekilde muvafakat etmesinden sonra yapılabilir. Bu kişiye, önceden, müdahalenin amacı ve niteliği ile sonuçları ve tehlikeleri hakkında uygun bilgiler verilecektir. İlgili kişi muvafakatını her zaman serbestçe geri alabilecektir.’ düzenlemesiyle rızanın kapsamı belirlenmiştir. Salt ameliyata rıza göstermek yeterli değildir. Ayrıca, komplikasyonların da izah edilmesi gerekmektedir. Alınan rızanın, Hekimlik Mesleği Etiği Kurallarının Aydınlatılmış Onam başlıklı 26. Maddesinde belirtildiği usulde alınmış olan aydınlatılmış rıza olması gerekir. Alınan onam, baskı, tehdit, eksik aydınlatma ya da kandırma yoluyla alındıysa geçersizdir.” Benzer karar için bkz. Yargıtay 13. Hukuk Dairesi 18.09.2018 tarih ve 2016/26894 Esas 2018/8072 Karar.

³⁷ İnsan üzerinde bilimsel deney yapılabilir. Ancak bu gibi durumlarda bilimsel deney için verilecek rızanın geçerli olması sıkı şartlara bağlanmıştır. Bkz. TCK m. 90/2, a, b, c, d, e, f, g bendleri. Çocuklar için ilave şartlar öngörülmüştür. Bkz. TCK m. 90/3, a, b bendleri.

alınmadan önce deneyi icra edecek doktorun bütün olasılıkları eksiksiz bir biçimde hastaya aktarması gerekir³⁸. Bununla birlikte ilgili kanun hükmü gereği, rızası olsa bile hükümlü üzerinde tıbbi deney yapılamaz. (Ceza ve Güvenlik Tedbirleri Kanunu’nu m. 78/3)³⁹.

Boks ve karate gibi doğası gereği, şiddet içeren ve yaralanmalara yol açan spor faaliyetleri yönünden gösterilen rıza, müsabakayı yapan tarafların oyunu düzenleyen kurallara uymaları şartıyla, fiili hukuka uygun hale getirir⁴⁰.

Aşağıda daha ayrıntılı inceleyeceği üzere kişinin cinsel özgürlüğüne ve seyahat hürriyetine ilişkin hakları, üzerinde mutlak surette tasarruf edebileceği haklardandır⁴¹. Ancak bu hakların kullanımı yönünde de ilgili kişi tarafından verilen rıza sınırsız değildir ve belli kısıtlamalara tabidir.

Kişi, şeref ve namusu üzerinde serbestçe tasarruf edebilir. Ancak bu durumda bile kişi, şeref ve onur değerlerinden tamamen vazgeçemez⁴². Bu nedenle kişinin, rızasıyla da olsa anlına “ibne” ya da “enayi” yazan bir dövme yapılması hukuka aykırıdır ve suç teşkil eder. Yine askeri düzen içerisinde üstün, astının kendisine karşı hürmetsiz davranmasına ve kendisine hakaret etmesine rıza gösteremeyeceği ve askeri düzenin, askerlik şeref ve haysiyetinin bu türden askeri suç niteliğindeki fiillerin işlenmesine rıza göstermeye cevaz vermediği ifade edilmiştir⁴³.

Kişinin hangi hakkına yönelik olursa olsun kanuna, genel ahlaka ve adaba⁴⁴ aykırı ya da kamu düzenini ihlal eder nitelikte olan rıza açıklamaları

³⁸ TCK’nın 90/4. maddesinde tedavi amaçlı insan üzerinde deney yapmanın sınırları belirlenmiştir. Bu maddeye göre; “*bilinen tıbbi müdahale yöntemlerinin uygulanmasının sonuç vermeyeceğinin anlaşılması üzerine, kişi üzerinde yapılan rızaya dayalı bilimsel yöntemlerle uygun tedavi amaçlı deneme, ceza sorumluluğunu gerektirmez. Açıklanan rızanın, denemenin mahiyet ve sonuçları hakkında yeterli bilgilendirmeye dayalı olarak yazılı olması ve tedavinin uzman hekim tarafından bir hastane ortamında yapılması gerekir.*”

³⁹ İnsan ticareti suçu yönünden de açıklanan rızaya sınırlama getirilmiştir. TCK’nın 80/2. maddesine göre; insan ticareti suçunun tanımlandığı birinci fıkrada belirtilen amaçlarla girişilen ve suçu oluşturan fiiller var olduğu takdirde, mağdurun rızası geçersizdir.

⁴⁰ **Pisapia**, s. 135.

⁴¹ **Şen**, Ersan: “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler”, Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2008, s. 86.

⁴² Zira bu yönde verilen rıza ahlaka ve adaba aykırıdır ve geçerli bir rıza açıklaması olarak değerlendirilemeyecektir; bkz. **Şahin**, s. 359-360.

⁴³ **Erman**, Sahir: Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, Dördüncü Bası, İstanbul 1967, s. 144.

⁴⁴ Özellikle adap ve ahlak kavramları kanunda tanımlanmış değildir. Bu gibi aykırılıklar tespit edilirken zorunlu olarak “örf ve adet hukuku”ndan yararlanılması gerekebilir.

geçerli değildir⁴⁵. Bu itibarla şiddete meyilli bir kimsenin cinsel duygularını tatmin etmesi için, kişinin kendisinin yaralanmasına rıza göstermesi durumunda, ahlaka ve adaba aykırı bir rıza açıklaması bulunduğundan kasten yaralama suçunun oluştuğunun kabulü gerekir⁴⁶. Yine kişinin sebepsiz yere kolunun kırılmasına⁴⁷ rıza göstermesi geçerli bir rıza açıklaması olarak kabul edilemez⁴⁸.

Varlığının korunmasında doğrudan devletin ve kamu düzeninin de bir menfaatinin bulunduğu durumlarda, ilgilinin rıza göstermesi, toplum yönünden ortaya çıkacak zararı ve dolayısıyla fiilin antisosyal karakterini bertaraf etmez ve bu yönüyle rızanın etkisi sınırsız değildir⁴⁹. Bu sebeptir ki Türk Ceza Kanunu’nda düzenlenen Uluslararası Suçlar (m. 76 ila 80), Topluma Karşı Suçlar (m. 170 ila 246), Millete ve Devlete Karşı Suçlar (m. 247 ila 343) yönünden bireyin gösterdiği rıza, kural olarak fiili hukuka uygun hale getirmez. Yalan tanıklık (TCK m. 272) ya da iftira (TCK m. 267) suçlarında, aleyhine tanıklık yapılan ya da suç isnat edilen kişilerin menfaatinden öte, yargılama faaliyetinin doğru ve düzgün işlemesi koruma altına alındığından, aleyhine yalan tanıklık yapılan ya da suç isnat edilen kişilerin rızası olsa bile gerçekleştirilen fiil hukuka aykırıdır⁵⁰.

Savaş ve çatışma ortamlarında kişilerin rıza gösterme iradeleri, içinde bulundukları ortamın zorlayıcı şartları nedeniyle serbestçe oluşmaz. Bu nedenle bazı uluslararası nitelikteki suçlar ve bu suçlar kapsamında işlenen münferit suçlar yönünden mağdurun göstermiş olduğu rıza geçerli olarak

Ceza Hukuku’nun esas kaynağı ise kanunlardır. Ancak kanunun işaret ettiği biçimde kanun maddesinin içi doldurulurken ya da yorumlanırken “örf ve adet hukuku”ndan faydalanılabilir. Böylesi bir durumda ahlaka, adaba ve kamu düzenine aykırı olarak açıklanan rızanın varlığı ya da yokluğunun tespitinde kanun dışında yer alan örf ve adet hukukundan faydalanılması nedeniyle suçta ve cezada kanunilik ilkesinin ihlal edilme sorununun doğabileceği ifade edilmiştir. Bkz. **Cassani**, Carlotta: “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza”, Çevirenler: Muharrem Özen, Mustafa Özen, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 77, Yıl 2008, s. 244.

⁴⁵ **Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alaşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, On birinci baskı, Ankara 2017, s. 481.

⁴⁶ **Toroslu** (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 183. Farklı görüş için bkz. **Şahin**, s. 220. “yetişkinler arasında önemli bir ağırlığa ulaşmayan sadomazoşist fiiller genel ahlak ve adaba aykırı olmayacaktır.”

⁴⁷ Alman Ceza Kanunu’nun (StGB) 228. maddesinde özel bir “rıza” hükmü yer almaktadır. Bu maddeye göre; “yaralama fiili, yaralanan kişinin rızasının bulunmasına rağmen, ahlaka aykırı ise, hukuka aykırıdır.” Bkz. **Yenisey/Plagemann**, s. 301.

⁴⁸ **Şen**, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1, İstanbul 2006, s. 74.

⁴⁹ **Toroslu** (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 176.

⁵⁰ **Hakeri**, Hakan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2016, s. 369, 370.

kabul edilmez. Soykırım suçu, insanlığa karşı suç ve savaş suçları gibi uluslararası nitelikte olan ve bu suçlar kapsamında insanın yaşamına, vücut bütünlüğüne, onuruna karşı işlenen münferit suçlar yönünden çoğu durumda ilgilinin rıza göstermiş olması yapılan fiili hukuka uygun hale getirmemektedir. Başka bir ifade ile bu tür suçlar kapsamında işlenen fiiller yönünde ilgilinin rızası hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilmemektedir. Jus Cogens niteliğinde olan bu kurala ne devletlerin ceza kanunlarıyla ne de bireylerin kendi aralarında almış oldukları bir karar ile uygulanamaz hale getirmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir. Bununla birlikte uluslararası nitelikte olan bu suçlar kapsamında işlenen her suç yönünden ilgilinin göstermiş olduğu rızanın geçerli olmadığını ifade etmek de doğru değildir. Nitekim savaş suçu kapsamında işlenen malvarlığına el koyma suçu yönünden “sahibinin rızasının yokluğu” ilgili suçun oluşumu yönünden suçun negatif bir maddi unsuru olarak kabul edilmiştir. (bkz. ICC, Suçların Unsuruları, madde 8 (2) (b) (xvi), 3. Fıkra). Uluslararası nitelikte olan suçlar kapsamında işlenen cinsel saldırı suçu yönünden de ilgilinin rıza göstermesinin fiili hukuka uygun hale getirebileceği ifade edilmiştir. Ancak bu durumda da gösterilmiş olan rızanın geçerli olması sıkı şartlara bağlanmıştır. (bkz. ICC, Yargılama Usulü Kuralları ve Delil, madde 70/a-b-c-d.)⁵¹.

C. Rızanın Açıklanması

Rıza, fiil gerçekleştirilmeden önce ya da fiille eş zamanlı olarak gösterilmelidir⁵² ve fiilin gerçekleştiği süre içerisinde devam ediyor olması gerekmektedir. Fiilin gerçekleştirilmesinden sonra gösterilen rıza, kişinin fiilini hukuka uygun hale getirmez⁵³. Rızası olmadan, fayda sağlamak maksadıyla fail tarafından malı alınan bir kimse, sonradan bu fiile rıza gösterse ve şikayetçi olmasa bile hırsızlık suçu oluşur ve kanundaki düzenleniş şekliyle hırsızlık suçunun şekli şikayete bağlı değilse ve uzlaştırma kapsamını da girmiyorsa fail hırsızlık suçundan cezalandırılır⁵⁴. Fiil gerçekleştirilmeden

⁵¹ Cassese, Antonio/Gaeta, Paola/Baig, Laurel/Fan, Mary/Gosnell, Christopher/Whiting, Alex: International Criminal Law, Third Edition, 2013, s. 210.

⁵² Williams, Glanville: Criminal Law The General Part, Second Edition, 1998, s. 770. “mağdur tarafından gösterilen ve fiili takip eden hoş görme ve onaylama, suçlu kişiliği ortadan kaldırmaz.”

⁵³ Farklı görüş için bkz. Donay, Süheyl: Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul/2007, s. 42. “Elbette eylemin işlenmesinden sonra da rızanın gösterilmesi, rıza eğer mutlak surette tasarruf edeceği haklar üzerinde yapılmışsa geçerlidir. Örneğin bir hakaretin yapımından sonra rıza gösterme eylemi hukuka uygun hale getirir.”

⁵⁴ Hafizoğulları, Zeki /Özen, Muharrem: Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beşinci Baskı, Ankara 2012, 252.

önce rıza geri alınabilir ve buna rağmen fiilin gerçekleştirilmesi halinde hukuka uygunluk nedeninin varlığından bahsedilemeyecektir. Rızanın geri alınması geri almadan itibaren etki doğuracağından, geri almaya kadar gerçekleştirilen fiiller hukuka uygun, geri almadan sonra gerçekleştirilen fiiller hukuka aykırı olarak kabul edilecektir⁵⁵. Rıza, koşula da bağlanabilir⁵⁶.

Rıza'nın sözlü ya da yazılı olabileceği gibi açık ya da örtülü de olabileceği, hal ve duruma göre maruz kalınan fiile mukavemet etmemenin, itiraz etmemenin ya da ses çıkarmamanın zımni (örtülü) rıza olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁵⁷.

Kanunda ilgili suç tipi yönünden rızanın açıklanması belirli bir şekle ve usule bağlanmış ise, bu şekle ve usule uygun olmayan rıza açıklaması geçersiz kabul edilecektir⁵⁸. Kanun hükmü gereği kişi üzerinde tedavi amaçlı yapılacak deney yönünden alınan rızanın yazılı olması gerekir⁵⁹. Bu gibi durumlarda sözlü rıza açıklamaları geçerli değildir.

Rıza göstermeye ilişkin karar verme hakkı devredilemez ancak ilgili hakkın ya da menfaatin bir başkası tarafından ihlal edilmesine razı olunduktan sonra bunun bir başkası aracılığıyla iletilmesi ve açıklanması mümkündür⁶⁰.

Rıza, işlenmesine izin verilen fiille sınırlıdır. Bu iznin dışında ya da iznin sınırlarını aşarak işlenen fiiller yönünden geçerli bir rızadan bahsedilemeyecektir⁶¹.

Rızanın mefruz (varsayımsal) olabileceği, hal ve şartlara göre, işlenen fiile ilişkin olarak ilgili kişinin rıza göstereceği kabule elverişli ise, mefruz rızaya göre hareket eden kişinin fiilinin hukuka uygun olarak kabul edilmesi gerektiği ifade edilmiştir⁶². Bir yangını söndürmek için başkasının evine giren kimsenin bu fiilinin konut dokunulmazlığını ihlal etme suçunu⁶³, yine

⁵⁵ İçel, s. 388.

⁵⁶ Toroslu (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 183.

⁵⁷ Dönmezer/Erman, s. 72; Bakıcı, s. 581.

⁵⁸ Zafer, Hamide: Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 4. Bası, İstanbul 2015, s. 320.

⁵⁹ Bkz. TCK m. 90/4.

⁶⁰ Centel, Nur/Zafer, Hamide/Çakmut, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011, s. 320. Hakkın ve menfaatin niteliği vasıta yoluyla açıklamaya uygunsa ya da kanunda aksine bir düzenleme yoksa bu durum geçerlidir.

⁶¹ Bakıcı, s. 581.

⁶² Dönmezer/Erman, s. 72.

⁶³ Parlar, Ali /Hatipoğlu, Muzaffer: 5237 sayılı TCK'da Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler, 2. Baskı, Ankara 2010, s. 88.

misafirliğe gidilen evde masanın üzerinde bulunan çikolatadan yemenin mefruz rızanın varlığı nedeniyle hırsızlık suçunu teşkil etmeyeceği ifade edilmiştir⁶⁴.

Açıklanan rıza yönünden irade sakatı durumu varsa, başka bir ifade ile gösterilen rıza hile, cebir, tehdit ya da kişinin hatasından faydalanılarak elde edilmiş ise yine geçerli bir rızadan söz edilemeyecektir⁶⁵.

Hukuksal yarardan önceden ve peşin olarak vazgeçme sonucunu doğuracak biçimde açıklanan rıza geçerli değildir. Bu gibi durumlarda fiil hukuka aykırı olmaya devam eder⁶⁶. Herkes bana hakaret edebilir⁶⁷ ya da herkes benimle cinsel ilişkiye girebilir şeklindeki bir rıza açıklaması geçerli değildir.

Kural olarak bağlayıcı rızadan söz edilemez. Bu nedenle rıza her zaman geri alınabilir⁶⁸.

III. SUÇUN MADDİ UNSURU OLAN VE TİPİKLİĞİ ORTADAN KALDIRAN “RIZA” İLE GENEL BİR HUKUKA UYGUNLUK NEDENİ OLAN “İLGİLİNİN RIZASI” ARASINDAKİ AYRIM

Kanunda düzenlenen suç tanımında “rızası olmadan”, “rızası hilafına” veya bunlara benzer bir ifade kullanılmışsa, ilgilinin göstermiş olduğu rıza hukuka uygunluk nedeni olarak değerlendirilemeyecektir. Zira böyle bir suç tipi yönünde ilgilinin göstermiş olduğu rıza, suçun tipikliğini gerçekleştirmesini engelleyen negatif bir unsurdur⁶⁹ ve rıza dahilinde hareket eden kişi hakkında suçun maddi unsurları oluşmadığından beraat kararı verilecektir⁷⁰.

⁶⁴ Artuk/Gökçen/Alaşahin/Çakır, s. 481.

⁶⁵ Dönmezer/Erman, s. 72-73.

⁶⁶ Öztürk, Bahri/Erdem, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013, s. 240-241.

⁶⁷ Soyaslan (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 358.

⁶⁸ Hakeri (Ceza Hukuku Genel Hükümler), s. 362. Hakeri’ye göre, “bazı durumlarda rızanın geri alınması mümkün olmayabilir. Tren ya da Uçak hareket halindeyken, bir yolcunun inmek istemesi ve buna rağmen bu isteğinin gerçekleştirilmemesi kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçunu oluşturmaz. Bu nedenle icrasına rıza ile başlanan bir fiilin, icra hareketlerinde artık geri dönülemeyecek bir noktaya gelinmişse veya artık fiili eski hale getirmek mümkün değilse, rızanın geri alınması, geri almadan itibaren gerçekleştirilen fiilleri hukuka aykırı hale getirmez.”

⁶⁹ İlgili kişinin rızası olunca, ilgili suçun bir unsuru olan “rıza bulunmama” hali var olacaktır ve rıza halinde suçun bu unsuru bulunmadığından suçta oluşmayacaktır. Bkz. Yüce, Turhan Tufan: Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1995, s. 45.

⁷⁰ “Rıza’nın suçun bir unsuru olarak düzenlendiği suçlar bakımından özel olarak aranmakta olan hukuka aykırılığa, tüm suçlar açısından unsur niteliğinde olan hukuka

Yine suç tipinde cebir, tehdit veya şiddet bir unsur olarak belirtilmişse ya da ilgili suçlar ancak bu sayılan vasıtalarla işlenebiliyorsa, ilgilinin rızası suçun mahiyeti gereği maddi bir unsurdur ve yine somut olayda mevcudiyeti suçun tipik olmasını engeller⁷¹.

Vücuda herhangi bir temas olmadan işlenebilen “Cinsel Taciz” suçunu ayrı tutarsak⁷² “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı İşlenen Suçlar” başlığı altında düzenlenen suçlar yönünden “ilgilinin rızası”, suçun bir maddi unsurudur ve kanunun belirlediği sınırlar içerisinde geçerli bir rıza var ise suç oluşmaz. Zira bu suçlar, mağdura ancak cebir, tehdit veya şiddet kullanılarak işlenebilir⁷³. Gerçi basit cinsel saldırı (TCK m. 102/1) ve çocuğun basit cinsel istismarı (TCK m. 103/1) suçlarının mahiyetleri gereği cebir kullanılmadan da işlenebileceği düşünülebilir. Ancak mağdurun direnç göstermesine fırsat vermeyecek şekilde, bedensel temas ile aniden yapılan hareketlerde dahi cebrin varlığı Yüksek Mahkeme kararlarında kabul edilmektedir⁷⁴. Bu nedenle 5237 sayılı TCK’da düzenlenen “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” a bir bütün olarak bakıldığında ilgilinin rızasının suçun oluşumunu engelleyen

aykırılıktan ayırt edilebilmesi için hukuka özel aykırılık denildiği ifade edilmiştir.” Bkz. Çakmut (Tıbbi Müdahaleye Rıza’nın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi), s. 202.

⁷¹ Önder, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II-III, İstanbul 1992. s. 210.

⁷² Cinsel Taciz suçu yönünden “ilgilinin rızasını” aşağıda da değinileceği üzere TCK’nın 26/2 maddesi kapsamında bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul etmekteyiz.

⁷³ Kanunda düzenlenen maddede “rızası olmadan” ya da “rızası hilafına” gibi bir ifade kullanılmamış ise de yine aynı sonuca ulaşılır ve bu türden suçlarda ilgilinin rızası, suçun maddi unsurunun oluşumunu engeller.

⁷⁴ Bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 30.10.2012 tarih ve 2011/6921 Esas 2012/10417 Karar, “15-18 yaş grubunda olan mağdureye karşı işlenen, sanığın mağdurenin arkasından yaklaşarak haberi ve rızası olmaksızın aniden eteğini kaldırıp kalçasını ellemesi şeklinde gerçekleşen maddi olayda, her ne kadar maddi cebir veya tehdit ya da hile unsuru gerçekleşmemiş ise de, iradeyi etkileyen başkaca neden kanun koyucu tarafından açıklanmadığından, karar merciin somut olayın özelliklerine göre çocuğun cinsel istismarı suçu yönünden iradeyi etkileyen halin varlığını saptamak durumunda olduğu anlaşılmaktadır. Mahkeme kararında iradeyi etkileyen neden hiç irdelenmemiştir. Öte yandan mağdurenin direnç göstermesine fırsat vermeyecek şekilde bedensel temasla aniden yapılan davranışların da suçun cebir unsurunu oluşturacağı hususundaki istikrar kazanmış yargı kararları bir yana, mağdurenin iradesini kullanmasına fırsat tanımaması itibarıyla da bu nitelikteki eylemin iradeyi etkileyen başkaca neden olarak kabul edilmesi gerektiği anlaşıldığından, somut olayda sanığın eyleminin TCK 103/1. maddesindeki çocuğun basit cinsel istismarı suçunu oluşturduğu gözetilmeden, isabetsiz bir yorumla ve mağdurun çocuk olduğu bilinerek aynı kanunun 102/1. maddesinden uygulama yapılması”

negatif bir maddi unsur olarak kabul edildiğini söyleyebiliriz⁷⁵. Kaldı ki cinsel suçlarda ilgilinin göstermiş olduğu “rıza” bir hukuka uygunluk nedeni olarak kabul edilirse, para karşılığı cinsel ilişkiye girmek, zina yapmak⁷⁶ ya da homoseksüel ilişkide bulunmak⁷⁷ suç teşkil edebilecektir. Zira burada, cinsel davranışa maruz kalan kişinin göstermiş olduğu rıza, ahlaka ve adaba aykırı olduğundan hukuka uygunluk nedeni olarak geçerli bir rızadan söz edilemeyecektir⁷⁸.

On beş yaşını tamamlamamış bir çocuğa karşı gerçekleştirilen cinsel istismar niteliğindeki fiil, çocuk bu fiile rıza gösterse de suç olarak kabul edilmiştir. Böyle bir durumda TCK’nın 26/2. maddesinde düzenlenen “ilgilinin rızası” hukuka uygunluk nedenine dayanılamayacaktır. Yani on beş yaşını tamamlamamış bir çocuğa rızası dahilinde istismarda bulunan kişi, hukuka uygun hareket ettiği yönünde bir savunmada bulunamayacaktır. On sekiz yaşını doldurmuş iki kişinin, iradeyi sakatlayıcı bir neden bulunmadan, rızaları dahilinde birbirleriyle cinsel ilişkiye girmeleri suç oluşturmaz. Burada suçun oluşmamasının nedeni yukarıda da belirtildiği gibi bir hukuka uygunluk nedeni olan “ilgilinin rızanın” bulunması değil, suçun tipikliğini engelleyen ve negatif bir maddi unsur olan “rıza”nın bulunmasından kaynaklanmaktadır⁷⁹.

⁷⁵ Aynı doğrultuda görüş için bkz. **Taner**, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2017, s. 173, “rıza tipikliği ortadan kaldırmaktadır. Zira burada cinsel özgürlüğü üzerinde tasarruf etmeye ehil olan kişinin rızası, fiilin tipe uygun olmasını engellemektedir.”

⁷⁶ 765 sayılı TCK’da zina yapmak suç olarak düzenlenmişti. Bu suçun düzenlendiği kanun maddesinin yürürlükte olduğu dönemde evli kadın ya da evli kocanın bir başkası ile cinsel ilişkiye girmesinde, tarafların göstermiş oldukları rıza fiili hukuka uygun hale getirmemekteydi. Bkz. **Hafizoğulları**, Zeki: Zina Cürümleri, İstanbul 1983, s. 182, 242. 5237 sayılı TCK ile zina etmek suç olmaktan çıkarılmıştır. Bunun yanında Türk Medeni Kanunu’nun 161. maddesinde zina yapmak, boşanma sebebi olarak kabul edilmiştir.

⁷⁷ Homoseksüel ilişkinin ahlaki olup olmadığının toplumdan topluma göre değişiklik gösterdiğini belirtmek isteriz.

⁷⁸ Hukuka uygunluk nedeni olan “ilgilinin rızası” ile suçun bir unsuru olan “rıza” arasında fark vardır ve farklı sonuçlar doğurmaktadır. “Buna göre; hukuka özel aykırılık teşkil eden ve varlığı halinde fiili suç olmaktan çıkartan rıza-muvafakatte, bu yönde ne açık ne de zımni bir açıklamaya ihtiyaç vardır. Hukuka uygunluk nedeni olan rıza da, hareket ahlaka aykırı olmamalıdır. Aksi halde rızaya rağmen, fiil hukuka aykırılığını koruyacak ve fail sorumlu olacaktır. Ancak suçu ortadan kaldıran rıza-muvafakat açısında bu durum geçerli değildir. Ahlaka aykırı bir amaçla bile olsa harekete rıza gösterilmiş ise, fiil suç oluşturmaz.” Bkz. **Çakmut** (Tıbbi Müdahaleye Rıza’nın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi), s. 203-204.

⁷⁹ **Önder**, s. 210.

IV. CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLARDA İLGİLİNİN RIZASI

Cinsel özgürlüğe karşı suçlar⁸⁰, ispat yönünden en zorlu suçlar arasında yer almaktadır. Zira suçun işlenip işlenmediği konusunda vicdani kanı oluşurken elde her zaman yeterli delil bulunmayabilir. Cinsel özgürlüğe karşı suçlar genellikle tanığı olmayan suçlardır. Sanık ile mağdur arasında yaşananlar tarafların beyanlarına göre aydınlatılmaya çalışılır. Cinsel suç sanıklarının çoğunluğu, mağdurun da bu fiile rıza gösterdiği şeklinde savunmada bulunur. Bu nedenle mağdurun (ya da ilgili kişinin) rızası, suçun oluşup oluşmadığının tespitinde büyük önem taşır.

Aşağıda sırasıyla TCK’da “Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar” başlığı altında düzenlenen suçlar yönünden ilgili kişinin göstermiş olduğu rızanın etkileri üzerinde açıklamada bulunulacaktır.

A. Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102) Yönünden Rıza

Cinsel saldırı suçu TCK’nın 102. maddesinde düzenlenmiştir. TCK’nın 102/1. maddesine göre; *cinsel davranışlarla bir kimsenin vücut dokunulmazlığını ihlal eden kişi, cezalandırılmaktadır*⁸¹. Cinsel davranışın sarkıntılık düzeyinde kalması halinde fail daha hafif şekilde cezalandırılmaktadır⁸². Cinsel saldırı suçunun nitelikli halinin düzenlendiği TCK’nın 102/2. maddesine göre; *fiilin vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle işlenmesi halinde fail hakkında daha ağır cezaya hükmedilecektir*⁸³.

Cinsel saldırı ve aşağıda da değinileceği üzere çocuğun cinsel istismarı suçlarının maddi unsuru, cinsel davranışla bir kimsenin vücut dokunulmazlığının ihlal edilmesidir⁸⁴. Bu suçun manevi unsuru ise cinsel saik ve amaç ile kasten hareket edilmesidir. Yani suçun varlığı için özel kast aranmaktadır. Bu nedenle fiilin, faildeki saiki de ortaya koyacak nitelikte olması

⁸⁰ Her ne kadar kanunda, ilgili hükümler “cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar” başlığı altında düzenlenmiş ise de bu suçların, kişinin cinsel özgürlüğüne karşı yapılan saldırı niteliğindeki davranışları kapsamaması nedeniyle ilgili suçların bütününe “cinsel özgürlüğe karşı suçlar” demeyi daha uygun buluyoruz. Bkz. **Yurtcan**, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, 3. Bası, Ankara 2018, s. 12.

⁸¹ Bu suç tipinde mağdurun şikayeti üzerine, beş yıldan on yıla kadar hapis cezası verilebilmektedir.

⁸² Bu suç tipinde fail, iki yıldan beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılabilir.

⁸³ Bu suç tipinde fail, on iki yıldan az olmamak üzere hapis cezası ile cezalandırılmaktadır.

⁸⁴ **Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018, s. 321.

gerekir⁸⁵. Cinsel amaç taşımayan yalnızca sevgi gösterisinin bir tezahürü olarak bir kimsenin başını ya da yanağını okşamak cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilemeyecektir.

Cinsel özgürlüğe ilişkin haklar, üzerinde serbestçe tasarruf edilebilen haklardır ve bu davranışlar yönünden gösterilen rıza geçerlidir. Bununla birlikte cinsel davranışlara karşı gösterilen rıza sınırsız değildir.

Cinsel davranışa maruz kalan kişi buna rızası olduğunu açıkça beyan edebilir. Fiil başlamadan önce ya da icra edilirken ortaya konan bu tek taraflı rıza beyanı fiili suç olmaktan çıkarır. Yeter ki açıklanan rıza iradesi, aşağıda çocuğun cinsel istismarı suçu kapsamında ayrıntıları ile irdeleneceği üzere başka bir sebepten dolayı sakatlanmamış olsun.

Cinsel suçlar yönünden gösterilen rıza zımnen olabilir. Cinsel davranış sergilenen kişinin, bu fiile razı olduğu hal ve durumdan anlaşılıyorsa, cinsel nitelikte fiilin işlenmesine engel olmuyorsa, direnmiyorsa veya ses çıkarmıyorsa, kişinin maruz kaldığı cinsel davranışa karşı rızasının bulunduğu şeklinde değerlendirilebileceği ifade edilmiştir⁸⁶. Ancak belirtmek gerekir ki üstü kapalı olarak gösterilen bu rızanın da, irade fesadının olmadığı, serbest bir ortamda oluşması gerekir. Fiil icra edilirken içinde bulunan durum, fail ile mağdur arasındaki güç farklılıkları, olayın geçtiği zaman ile yer ve çevresel etkiler mağdurun direnç göstermemesine yol açmış olabilir⁸⁷. Nitekim savaş, çatışma ya da bunun benzeri korkutucu bir ortamda, maruz kalınan cinsel davranışa mukavemet etmemenin, direnç göstermemenin, rıza var şeklinde yorumlamayacağı kabul edilmiştir⁸⁸. Yine mağdurun gerçek irade-

⁸⁵ **Kartal**, Pınar Memiş: “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Nur Centel, İstanbul 2013, s. s. 97-106. İlgili yazar suçun nitelikli halinde cinsel saikin aranmaması nedeniyle uygulamada sorun yaşanacağını belirtmekte ve ayrıca cinsel duyguların giderilmesine matuf olmayan vücuda sair bir cisim sokulmasının kasten yaralamadan bir farkının olmadığını ifade etmektedir. Bkz. s. 105,106.

⁸⁶ **Erem**, Faruk: “Ceza Hukukunda ‘Hakkın Kullanılması’ ”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 41, Sayı 1-4, Yıl 1989-1990, s. 13; **Bakıcı**, s. 581.

⁸⁷ **Sevük**, Handan Yokuş: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018, s. 93. “evinde çocukları uyurken böyle bir cinsel saldırıya maruz kalan kadının, bu eyleme rıza göstermediğini açıkça belirttikten sonra, çocuklarının bu olaya şahit olacağı endişesiyle ayrıca faille bir fiziki mücadeleye girmediği için, eyleme rıza gösterdiği sonucuna varılamaz ve bu durumda mağdur kadından ayrıca bedensel bir direnç göstermesi beklenebilir.” Mağdurun sessiz kalmasının ve fiile direnmemesinin tek başına rızanın var olduğu anlamına gelmemesi gerektiği yönünde görüş için ayrıca bkz. **Kantarci**, Nurullah: Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara 2016, s. 157.

⁸⁸ Uluslararası Ceza Mahkemesinin Yargılama Usulünü belirleyen kuralların 70. maddesine göre, uluslararası suçlar kapsamında işlenen cinsel saldırı suçları yönünden,

sini yansıtır bir şekilde “hayır” demesinin, rızasının olmadığını göstermesi bakımından yeterli görülmesi gerektiği, hayır dedikten sonra fiile direnç göstermemesinin “evet” anlamına gelmeyeceği ifade edilmektedir⁸⁹.

Evlenen kişilerin medeni kanun uyarınca cinsel yönden birbirlerine sadakat yükümlülüğü bulunmaktadır. Ancak resmi olarak evlenmekle kişilerin, peşinen cinsel ilişkiye girmeye razı oldukları şeklinde bir irade beyanında bulunmuş sayılacaklarının kabulü mümkün değildir⁹⁰. Yani evli kişilerin birbirleri ile cinsel ilişkiye girmelerini gerektiren bağlayıcı rızadan söz edilemez. Bu gibi bir durumda yine TCK’nın 26/1. maddesinde düzenlenen “hakkın kullanılması” şeklindeki hukuka uygunluk nedenine dayanmak da mümkün değildir⁹¹. Nitekim 5237 sayılı TCK evlilik içi tecavüzün de mümkün olduğunu kabul ederek yaptırım altına almıştır. (TCK m. 102/2-son cümle)

“cebir ve tehdit kullanılması nedeniyle gösterilen rıza”, “mağdurun gerçek ve gönüllü rıza verme kabiliyetinin sınırlandığı bir durumda bir kelime ve davranış nedeniyle gösterilen rıza”, “zorlayıcı bir ortamdan faydalanılarak alınan rıza” hallerinde geçerli bir rızadan söz edilemeyeceği hüküm altına alınmıştır. (bkz. madde 70/a). Susmanın ve yapılan fiile direnmemenin de rıza olarak değerlendirilemeyeceği (bkz. madde 70/c), suçun mağdurunun ya da tanığının karakterinin, yatkınlığının, fiilden önceki ve sonraki cinsel doğasını gösteren davranışlarının, suçun oluştuğunun tespitinden ölçü olarak alınamayacağı hüküm altına alınmıştır. (bkz. madde 70/d). Bu hükümden yola çıkılarak denilebilir ki uluslararası suçlar kapsamında işlenen bir cinsel saldırı suçunda, suçun mağdurunun hayat kadını olması deliller değerlendirilirken bir ölçü olarak kabul edilemeyecek ve mağdur aleyhine yorumlanamayacaktır. Uluslararası suçlar kapsamında getirilen kriterlerin ulusal hukuk kapsamında uygulanmasında ve özellikle mahkeme tarafından delillerin değerlendirilmesinde bir ölçü olarak kullanılmasının önünde herhangi bir engel bulunmamaktadır.

⁸⁹ **Sevük**, Handan Yokuş: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 57, Yıl 2005, s. 250; **Kantarıcı** s. 158.

⁹⁰ **Centel** (Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması), s. 63, “*Amerika Birleşik Devletleri’nin bazı eyaletlerinde evlilik içi ırza geçme suçtur, bazılarında ise eşler ayrı yaşıyorlarsa suç sayılmaktadır. İsrail hukukunda, kocanın karısıyla zorla cinsel ilişki hakkının bulunmadığı, bunun kadının onurunu yaralayacağı kabul edilmektedir. İskoç, İngiliz, İrlanda, Yeni Zelanda, Avusturalya, Kanada hukuk sistemlerinde de ırza geçme suçları açısından kocanın evlilikten doğan bir muafiyetinin bulunmadığı kabul edilmektedir.*”

⁹¹ Aksi yönde görüş için bkz. **Dönmezer/Erman**, s. 106; **Erem/Danışman/Artuk**, s. 571. İlgili yazarlar kocanın, evlenme ile birlikte cinsel ilişkide bulunmayı kabul eden karısının üzerinde, halin haklı gösterdiği ölçüde cebir hareketlerinde bulunabileceği ve bu davranışın cebren cinsel saldırı suçunu oluşturmayacağı, ancak kocanın zührevi bir hastalığının olması, eşin cinsel ilişkiyi reddetmek hususunda geçerli ve hatta duygusal bir sebebinin bulunması hallerinde koca, cebir ve şiddet hareketlerine başvurursa, bu durumun hakkın kötüye kullanılmasını oluşturacağını ifade etmişlerdir.

Rıza'nın varlığı ya da yokluğu suçun maddi unsuruna ilişkin bir değerlendirmedir. Maddi sorunun çözümüne ilişkin bir şüphe bulunması halinde, bu durum sanık lehine sonuç doğuracaktır. Buna “şüpheden sanık yararlanır ilkesi” (in dubio pro reo) denilmektedir⁹². Somut olayda, cinsel davranışın, mağdurun rızası ile gerçekleşmediğine ilişkin şüphe yenilememişse, bundan sanık yararlanacak ve fiilin rıza ile gerçekleştiğinin kabulü gerekecektir⁹³.

1. Tam ya da Kısmi Akıl Hastalarının Cinsel Davranışa Karşı Göstermiş Olduğu Rızanın Geçerliliği

Rıza gösterme iradesini sakatlayan durumlar aşağıda çocuğun cinsel istismarı suçu başlığı altında ayrı ayrı ele alınacaktır. Ama onun öncesinde tam ya da kısmi akıl hastalarının cinsel davranışa karşı rıza göstermesinin geçerli kabul edilip edilemeyeceği konusunu irdelemekte fayda bulunmaktadır.

Tam ya da kısmi akıl hastalarının cinsel davranış yönünden kesin olarak rıza ehliyetlerinin bulunmadığı, kendi cinselliğine ilişkin irade açıklayamayacakları şeklinde bir genelleme yapmak doğru değildir⁹⁴. Önemli olan akıl hastalığının niteliği, derecesi ve ağırlığıdır. Nitekim yüksek mahkeme vermiş olduğu bazı kararlarında, geçersiz bir rıza beyanından söz edebilmek için öncelikle akıl hastası mağdurun, maruz kaldığı cinsel davranışın hukuki anlam ve sonuçlarını algılama ve davranışlarını yönlendirme yeteneğinin bulunup bulunmadığının tespit edilmesi gerektiğine hükmetmiştir⁹⁵. Ancak

⁹² Feyzioğlu, Metin: Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002, s. 195.

⁹³ İlgili karardaki tanık beyanlarından anlaşıldığı üzere para karşılığı başkaları ile cinsel ilişkiye giren mağdurenin, sanık tarafından kendisine tecavüz edildiği iddiası karşısında yüksek mahkeme, somut olayın özelliklerini de dikkate alarak sanığın “rıza ile cinsel ilişkiye girdik” savunması esas almış ve mağdurenin iddialarına itibar etmemiştir. Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 11.03.2014 tarih ve 2013/14-644 Esas 2014/125 Karar, “mağdure ile rızasıyla cinsel ilişkiye girdiğini savunan sanığın bu savunmasının aksini gösteren cezalandırılmasına yeterli delil bulunmadığından atılı cinsel saldırı suçunu işlediği şüphe boyutunda kalmakta ve sübuta ermemektedir.”

⁹⁴ Taner (Türk Ceza Hukuku'nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar), s. 175.

⁹⁵ Bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 25.04.2017 tarih ve 2017/261 Esas 2017/2237 Karar. “mağdurede olay tarihi itibarıyla herhangi bir akıl hastalığı ya da zayıflığı bulunmadığı, kendisine karşı işlenen eylemin ahlaki kötülüğünü idrak edip edemeyeceği, fiile karşı mukavemete muktedir olup olmadığı, akıl hastalığı veya zayıflığı var ise bu durumun beden veya ruh bakımından kendisini savunmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunup bulunmadığı, beyanlarına itibar edilip edilemeyeceği, akıl hastalığı veya zayıflığının hekim olmayanlar ile çevresinde yaşayanlar ve kendisini tanıyanlarca anlaşılıp anlaşılmayacağı hususlarında Adli Tıp Genel Kurulundan rapor alınması gerekirken” Ayrıca bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 17.11.2014 tarih ve 2013/2365 Esas 2014/12730

bu kararlarının yanı sıra on sekiz yaşından büyük olan ve akıl hastalığı bulunan kişilerin rıza açıklama ehliyetinin bulunmadığına ve bu gibi durumlarda cinsel saldırı suçunun oluşacağına ilişkin kararları da bulunmaktadır⁹⁶.

Medeni Kanuna göre; ayırt etme gücüne sahip olmayanlar evlenemezler. (bkz. TMK m. 125/1). Yine akıl hastaları, evlenmelerinde tıbbi sakınca bulunmadığı resmi sağlık kurulu raporuyla anlaşılmadıkça evlenemezler. (bkz. TMK m. 133) Bu durumda on sekiz yaşını tamamlayan, sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun olmayan, akıl hastası olmakla birlikte evlenmesinde tıbbi sakınca bulunmadığı için bir başkası ile evlenebilen kişilerin, rızaları dahilinde cinsel münasebette bulunmasının mümkün olduğu ve bu türden akıl hastalığı bulunan kişilerin rızasının, böyle hallerde geçerli olduğu sonucuna varmak gerekecektir⁹⁷.

B. Çocuğun Cinsel İstismarı Suçu (TCK m. 103) Yönünden Rıza

Kanun koyucu çocuklara karşı işlenen cinsel dokunulmazlığa karşı suçlar yönünden “istismar” ifadesini kullanmıştır. Cinsel istismar suçunun düzenlendiği TCK’nın 103/1 maddesine göre; çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi cezalandırılmaktadır⁹⁸. Cinsel istismar deyiminden; a) On beş

Karar, “mağdurda bipolar bozukluğu olduğu, hastalığın alevlendiği dönemlerde üçüncü kişiler tarafından anlaşılabileceği ve bu hastalık döneminde cinsel ilişkiye girme konusunda rıza açıklama ehliyetinin azalabileceğinin belirtilmesi” Yargıtay 14. Ceza Dairesi 19.12.2016 tarih ve 2016/8909 Esas 2016/8590 Karar, “mağdurede hafif düzeyde mental retardasyon olduğu, kendisini bedenen savunabileceği, ruhen savunamayacağı, beyanlarına kısmen itibar edilebileceği yönünden görüş bildirilmesinin ardından”

⁹⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 20.12.2011 tarih ve 2011/5-230 Esas 2011/273 Karar; bu kararında yüksek mahkeme ayrıca cinsel saldırı suçu yönünden gösterilen rızanın bir hukuka uygunluk nedeni olduğunu kabul etmiştir. Benzer doğrultuda karar için ayrıca bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 2011/1772 Esas 2011/4847 Karar, “...beyanına itibar edilip edilmeyeceği hususunda Adli Tıp Kurumu ilgili İhtisas Kurulundan rapor alınmasına ilişkin ve akıl hastası olması sebebiyle rıza açıklamaya ehil olmayan mağdurenin...”

⁹⁷ “Eşlerden birinin evlenemeye engel olacak derecede akıl hastalığının bulunması hallerinde evlenme mutlak butlan ile batıldır. Mevcut akıl hastalığının evlenme bağlamında herhangi bir sakınca doğurmayacağı resmi sağlık kurulu raporuyla belgelendiği takdirde, bu hastalığa yakalanmış olan bir kişinin evlenmesine engel olunamayacaktır. Burada sözü edilen akıl hastalığı ayırt etme gücünü sürekli ortadan kaldırmayan akıl hastalığıdır.” Bkz. Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 15.11.2018 tarih ve 2017/2-2672 Esas 2018/1717 Karar, Yüksek Mahkeme aynı kararında sürekli olarak ayırt etme gücünden yoksun akıl hastalarına evlenme yasağının getirilmesinin, Birleşmiş Milletler Engellilerin Haklarına İlişkin Sözleşmeye aykırılık teşkil etmediğine hükmetmiştir.

⁹⁸ TCK madde 103/1’e göre çocuğu cinsel yönden istismar eden kişi, sekiz yıldan on beş yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır. Cinsel istismarın sarkıntılık düzeyinde kalması

yaşını tamamlamamış veya tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuklara karşı gerçekleştirilen her türlü cinsel davranış, b) Diğer çocuklara karşı sadece cebir, tehdit, hile veya iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak gerçekleştirilen cinsel davranışlar⁹⁹ anlaşılır.

Kanundaki belirlemeye göre; on beş yaş ile on sekiz yaş arasındaki çocuklara¹⁰⁰ yönelik rızalarıyla gerçekleşmeyen cinsel davranışlar, TCK'nın 102. maddesinde düzenlenen ve cezası daha az olan cinsel saldırı suçu kapsamında değerlendirilecektir¹⁰¹. Bu durum ise kanun koyucunun amaçladığı ceza adaleti sistemine aykırılık teşkil etmektedir. Zira kanun koyucu çocukları korumak için ayrı bir hüküm ihdas etmiş ve çocuklara karşı işlenen bu suçun cezasını, yetişkinlere göre daha ağır öngörmüştür. Ceza kanununa ve uluslararası antlaşmalara göre on sekiz yaşının altında kalan kişiler çocuk olarak kabul ediliyorsa, on sekiz yaşın altında kalan çocuklara karşı yapılan fiiller istisnasız olarak cinsel istismar suçu kapsamında kabul edilmelidir.

Basit cinsel saldırı niteliğindeki suçların dahi ancak “cebir” kullanılarak işlenebileceği kabul ettiğimizden kanundaki bu yaş belirlemesi uygulamada anlamsız hale gelecektir¹⁰². Nitekim yüksek mahkeme “cebir” kavramını geniş yorumlamaktadır. Vermiş olduğu bir kararında; on beş-on sekiz yaş

halinde üç yıldan sekiz yıla kadar hapis cezası verilir. Sarkıntılık düzeyinde kalmış suçun failinin çocuk olması halinde soruşturma ve kovuşturma yapılması mağdurun, velisinin veya vasisinin şikayetine bağlıdır. 103/2. maddeye göre; cinsel istismarın vücuda organ veya sair bir cisim sokulması suretiyle gerçekleştirilmesi durumunda, on altı yıldan aşağı olmamak üzere hapis cezasına hükmolunur.

⁹⁹ “Cinsel davranış” ifadesini geniş yorumlayarak çocuklara karşı işlenen ve mağdur ile bedensel teması gerektirmeyen “cinsel taciz” niteliğindeki fiillerinde “çocuğun cinsel istismar suçu” kapsamına girdiğini savunan yazarlar bulunmaktaydı. Bkz. **Tezcan**, **Durmuş/Erдем**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2018, s. 424, aynı yazarlar 6545 sayılı Kanun ile yapılan değişiklikten sonra Yargıtay tarafından ortaya konulan bedensel temas arama kriterinin yasal bir dayanak kazandığını ifade etmişlerdir. Bkz. s. 425.

¹⁰⁰ TCK'nın 6/1-b maddesinde, “çocuk deyiminden, henüz on sekiz yaşını doldurmamış kişi anlaşılır” hükmüne yer verilmiştir.

¹⁰¹ Bu durumda da mağdurun kendisine karşı sergilenen fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmiş olması, fiilin cebir, tehdit, hile kullanılarak veya iradeyi etkileyen başka bir nedenle dayanılarak işlenmemiş olması gerekir. Bu sayılan durumlar mevcut ise çocuğun cinsel istismarı suçunun düzenlendiği TCK'nın 103. maddesinin uygulanması gündeme gelecektir.

¹⁰² On beş yaşını tamamlamış ancak on sekiz yaşını tamamlamamış çocuğa karşı gerçekleştirilen fiil, “cebir” kullanılarak işlenmiş ise TCK 103 maddesine göre çocuğun cinsel istismarı suçu oluşacaktır.

grubunda olan mağdureye sanığın arkasından yaklaştığı, haberi ve rızası olmadan eteğini kaldırıp kalçasını ellediği olayda, mağdurenin direnç göstermesine fırsat vermeyecek şekilde bedensel temas ile aniden yapılan davranışların suçun cebir unsurunu oluşturacağına, bu nedenle eylemin TCK'nın 102/1 maddesinde düzenlenen cinsel saldırı suçu değil, TCK'nın 103/1 maddesinde düzenlenen çocuğun basit cinsel istismarı suçu kapsamına girdiğine hükmetmiştir¹⁰³.

TCK'nın 103. maddede mağdur olan çocuğun göstermiş olduğu rızanın geçerli kabul edilmediği haller sayılmıştır. Buna göre; I) On beş yaşını tamamlamamış çocuğun rızası kesin olarak geçersizdir. II) On beş yaşını tamamlamakla birlikte on sekiz yaşını doldurmamış olan ve fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan çocuğun rızası da geçersizdir. III) Cebir, IV) tehdit, V) hile veya VI) iradeyi etkileyen başka bir nedene dayalı olarak alınan rıza da geçersizdir. Cebir, tehdit, hile ve hata gibi irade sakatının bulunduğu haller yalnızca çocuğun cinsel istismarı suçu yönünden değil, cinsel saldırı suçu yönünden de cinsel davranışa maruz kalanın rızasını geçersiz kılmakta, bertaraf etmektedir. Aşağıdaki çocuğun cinsel istismarı suçu mağdurlarının cinsel davranışa karşı göstermiş olduğu rızanın geçersiz olduğu haller sırasıyla irdelenecektir. Rızanın bertaraf edildiği ve geçersiz kabul edildiği bu haller, mahiyetleri uygun düştükçe cinsel saldırı suçu yönünden de geçerlidir.

1. Yaş Küçüklüğü Nedeniyle Kesin Olarak Geçersiz Kabul Edilen Rıza

Yasa koyucu tarafından TCK 103. maddesindeki gibi bir yaş belirlemesi yapılarak, on beş yaşın altındaki çocukların (cinsiyeti fark etmeksizin), yeterli psikolojik ve fiziki olgunluğa erişmemeleri nedeniyle kendilerine yönelen cinsel davranışların anlamını ve ağırlığını idrak etmelerinin mümkün olmadığı peşinen kabul edilmiş ve on beş yaşını tamamlamamış çocukların, kendilerine yönelen cinsel davranışlara karşı gösterdiği rızanın kesin olarak geçersiz olduğu hüküm altına alınmıştır¹⁰⁴.

Bu kuralın istisnası mümkün değildir. Yani on beş yaşın altındaki çocuğun, kendisine karşı gerçekleştirilen fiilin, hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmiş olsa bile göstermiş olduğu rıza geçersiz sayıl-

¹⁰³ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 30.10.2012 tarih ve 2011/6921 Esas 2012/10417 Karar.

¹⁰⁴ Bkz. Anayasa Mahkemesi, 12.11.2015 tarih ve 2015/43 Esas 2015/101 Karar, R.G. 11.12.2015-29559 sayılı kararın gerekçesi, s. 6.

maktadır¹⁰⁵. Yine on beş yaşın altındaki çocuğun yaşlarından büyük göstermesi, yaşadığı çevrenin etkisiyle yaşlılarına göre belli bir olgunluğa erişmiş olması dahi bu anlamda rızayı geçerli kılmaz. Yalnızca bu gibi durumlarda aşağıda ayrıntılı şekilde değinileceği üzere “hata” hükmünün uygulanması gündeme gelebilir.

2. Fiilin Hukuki Anlam ve Sonuçlarını Algılama Yeteneği Gelişmemiş Çocuğun Göstermiş Olduğu Rıza

On beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte, kendisine karşı gerçekleştirilen cinsel davranış fiilinin, hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş çocuğun göstermiş olduğu rıza geçersizdir ve cinsel istismar suçu oluşur. Şüphesiz cinsel davranışta bulunan kişinin, karşısındaki çocuğun, fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişmemiş olduğunu biliyor olması gerekir. Eğer bilmiyorsa aşağıda ayrıntılarıyla değinileceği üzere TCK’nın 30. maddesinde düzenlenen “hata” hükmünden faydalanabilir ve gerçekleştirilen fiil reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu kapsamına girebilir¹⁰⁶.

¹⁰⁵ Çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçunda, mağdurun on iki yaşını tamamlamamış olması halinde verilecek cezanın on sekiz yıldan az olamayacağı hüküm altına alınmıştır. Bkz. TCK m. 103/2-son cümle.

¹⁰⁶ Bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 02.03.2015 tarih ve 2013/6245 Esas 2015/2305 Karar “suç tarihinde çalıştığı iş yerinden çıkarak eve gitmekte olan mağduru ‘peçeten var mı’ biçimindeki soruyla durduran sanığın mağdurla ayak üstü sohbet etmeye başladığı, akabinde kahve falı baktığını söyleyerek evine davet ettiği, mağdurun bu teklifi kabul etmesi üzerine birlikte sanığa ait eve geldikleri, söz konusu evde sanığın kendi cep telefonundan mağdurun cep telefonuna bluetooth aracılığı ile porno videolar gönderdiği, videoları izledikleri sırada sanığın mağdurun pantolon ve alt iç çamaşırını dizlerine kadar indirip kendisini de soyarak mağduru kucığına oturttuğu, sanığın cinsel organının mağdurun poposuna girdiği ve devamında mağdurun kız arkadaşının beklediğini söyleyerek evden ayrıldığı olayda, İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulu tarafından hazırlanan raporda; mağdurda hafif derecede zeka geriliği denilen akıl zayıflığının saptandığı, tespit edilen bu zeka geriliği ve olay tarihindeki yaşı birlikte değerlendirildiğinde olayın hukuki anlam ve sonuçlarını algılayamayacağı, bu zeka geriliğinin fiile ruhsal yönden mukavemete muktedir olmasına mani olacak mahiyet ve derecede bulunduğu ve bu durumun hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceğinin belirtildiği, dolaylı fail durumunda olan sanığın on beş yaşını tamamlamış olmakla birlikte fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olan mağdurun bu durumunu bilerek ve isteyerek eylemi gerçekleştirmede, zira adli tıp kurumu raporunda belirtildiği üzere mağdurda mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceği ve mağdur ile sanığın suç tarihinde ilk defa görüştikleri, öncesinde birbirlerini tanıdıklarını gösteren bir iddia ve delilin bulunmadığı, bu haliyle eylemin TCK’nın 103/1-b maddesinde yer alan çocuğun basit cinsel istismar suçunu oluşturmayıp TCK’nın 104. Maddesinde düzenlenen reşit olmayanla cinsel ilişki suçunu oluşturduğu gözetilmeden”

Akıl hastalarının veya herhangi bir nedenle gelişme düzeyini tamamlayamamış, zeka, bilgi, görgü olarak geride kalmış kişilerin, sağır ve dilsizlerin bu kapsamda değerlendirilebileceği ifade edilmiştir¹⁰⁷. Ancak belirtmek gerekir ki fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olmak ile akıl hastalığı aynı şeyler değildir. Çoğu akıl hastasında fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği bulunmaz¹⁰⁸. Ancak akıl hastası olmayan çocukların bazılarında da fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği gelişmemiş olabilir. Her şekilde bu durum sağlık raporu ile tespit edilecektir. Nitekim uygulamada cinsel istismar suçu mağduru çocuklar, adli tıp kurumunun ilgili ihtisas dairesine sevk edilmekte ve kendisine karşı sergilenen cinsel davranışın anlam ve sonuçlarını algılama yeteneklerinin gelişip gelişmediği tespit edilmektedir.

Cebir, tehdit ve hile olmaksızın işlenen “reşit olmayanla cinsel ilişki” suçu soruşturması veya kovuşturmasında, bu suç mağdurları yönünden, şüphe bulunmasa dahi her halükarda cinsel nitelikteki fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunup bulunmadığına ilişkin uzman sağlık kuruluşundan rapor alınması gerektiği düşüncesindeyiz¹⁰⁹.

3. İlgilinin Rızasını Bertaraf Eden “Cebir”

Cebir, bir kimsenin karşı konulamaz bir fiziki gücün etkisiyle iradesinin oluşmasının veya kendi otonom isteği doğrultusunda iradesini kullanmasının engellenmesi halidir¹¹⁰. Fiziki güç kullanılarak kendisine karşı cinsel davranış sergilenen kişinin, cinsel davranışa maruz kalma ya da ilişkiye girme iradesi bulunmamaktadır. Ancak cebir kullanılarak böyle davranmaya zorlanmaktadır. Bu yüzden cebir hallerinde geçerli bir rıza bulunmamaktadır.

Vücuda temas edilerek işlenebilen cinsel özgürlüğe karşı suç fiillerinin çoğunluğu cebir kullanılarak icra edilmektedir. Çocuğun cinsel istismarı

¹⁰⁷ Soyaslan, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2012, s. 242.

¹⁰⁸ Akıl hastalığı bulunanlar yönünden kesin olarak cinsel davranışın anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin bulunmadığının kabul edilmesinin doğru olmadığı ifade edilmiştir. Bkz. Tezcan/Erdem/Önok, s. 421.

¹⁰⁹ On beş yaşını tamamlamış fakat on sekiz yaşını tamamlamamış çocukların rızaları ile cinsel ilişkiye girdiği durumlarda, sonradan çocuğun velisi olan anne ve baba şikayette bulunabilmektedirler. Çoğu şikayetin altında yatan saik, anne ve babanın velayetinde olan çocuğunun böyle bir cinsel deneyim yaşamasına, yaşı ve olgunluğu dikkate alındığında henüz hazır olmadığı düşüncesidir. Bu yüzden bu suça ilişkin soruşturmalarda mağdur çocuğun kendisine karşı sergilenen cinsel nitelikte fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğinin gelişip gelişmediğinin sağlık kurulu raporu ile muhakkak tespit edilmesi gerekmektedir.

¹¹⁰ Gülşen, Recep: Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Ankara 2007, s. 133.

suçunda cebir kullanılması ayrıca ağırlaştırıcı neden olarak öngörülmüştür. (bkz. TCK m. 103/4, yalnızca ilgili maddenin a bendinde yer alan çocuklara karşı işlenmesi durumunda) Yine cinsel saldırı suçu yönünden, failin başvurduğu cebir ve şiddet, kasten yaralama suçunun ağır neticelerine neden olmuş ise ayrıca kasten yaralama suçundan cezaya hükmolunabilecektir. (bkz. TCK m. 102/4)

Kendi fiilinden ya da başka bir sebep nedeniyle mukavemet edecek durumda olamayanlar ve anlama ile isteme iradesi bulunmayanlara karşı işlenen fiiller yönünden cebirden söz edilemeyeceği ifade edilmiştir¹¹¹. Bununla birlikte yüksek mahkeme mağdurun iradesine ya da iradesine bağlı olmayan nedenlerle kendisine yönelen cinsel davranışa “karşı koyamama”, ya da başka bir ifade ile kendisine yönelen cinsel davranışa “mukavemet edememe” hallerinde mefruz cebirin varlığını kabul etmektedir. Uyku hali, bayılma, uyuşturucu madde alınması ve sarhoşluk bu kapsamda değerlendirilmektedir. Nitekim yüksek mahkeme bir kararında, iradesi ile votka içip kendinden geçen ve mukavemet gücü bulunmayan mağdureye karşı gerçekleştirilen cinsel davranış yönünden mefruz cebir hali nedeniyle geçerli bir rızanın bulunmadığına hükmetmiştir¹¹².

4. İlgilinin Rızasını Bertaraf Eden “Tehdit”

Cinsel davranışa maruz kalan kişinin iradesi zorlanarak bu fiillere itiraz etmemesi, katlanması için tehdit, araç olarak kullanılabilir. Bir sözle ya da davranışla kendisine ya da bir yakınına saldırı yapılabileceğini düşünen bir kimse, henüz gerçekleşmemiş ancak ileride meydana gelebilecek bir zarardan kurtulmak için¹¹³ bir başkasının cinsel davranışına rıza göstermek zorunda kalmış olabilir.

Kişinin rıza gösterme iradesini fesada uğratan tehdidin, iradeyi tamamen ortadan kaldıracak derecede ağır ve muhakkak olması gerekmez¹¹⁴.

¹¹¹ Erem, Faruk: “Ceza Hukukunda ‘Cebir’ Kavramı”, Yargıtay Dergisi, Yıl 16, Sayı 1-2, Ocak-Nisan/1990, s. 94-96.

¹¹² Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.04.1999 tarih ve 1999/5-59 Esas 1999/64 Karar, karar için bkz. **Kaban**, Mater/**Aşaner**, Halim/**Güven**, Özcan/**Yalvaç**, Gürsel: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 1996-Temmuz 2001, Ankara 2001, s. 471-473.

¹¹³ **Gülşen**, s. 155.

¹¹⁴ Böylesi tehdit hallerinde, failin yapacağını söylediği kötülüğün, cinsel fiilin kötülüğünden daha ağır bir kötülük olması gerektiği ve böylece mağdurun, maruz kalmak ile korkutulduğu fiil yerine cinsel istismara uğramayı yeğ tutması ve mağdurun bu tercihinin haklı ve mazur görülmesi gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. **Aydın**, Murat: Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Ankara 2018, s. 44.

Ancak basit tehditlerin de bu kapsamda değerlendirilmemesi gerekir. Objektif olarak tehdit niteliğinde bir söz ya da davranışın rıza gösterme iradesini fesada uğratıp uğratmadığı somut olay çerçevesinde değerlendirilmelidir. Bu değerlendirme yapılırken de tehdit konusunun objektif önemliliği değil, tehdidin mağdur üzerinde yarattığı etki dikkate alınmalıdır¹¹⁵. Tehdit hayat ve vücut dokunulmazlığına yöneleceği gibi şeref ve saygınlığı da yönelebilir. Tehdidin üçüncü kişi tarafından yapılması mümkündür ve bu durumda da geçerli bir rızadan söz edilemez. Yine tehdidin özel bir görünümü olan şantaj fiili gerçekleştirilerek de rıza gösterme iradesi sakatlanabilir¹¹⁶.

Sanık ile mağdurenin aynı köyden olduğu, okul yolunda karşılaştıkları, sanığın mağdure ile konuştuğu ve mağdureyi dolmuşuna bindirdiği, bir yere götürerek burada mağdure ile ters ilişkiye girdiği, daha sonra mağdureyi aldığı yere geri bıraktığı, telefonda mağdureden bu olayı kimseye anlatmamasını, zira dolmuşta kamera olduğunu ve cinsel ilişki görüntülerini kaydettiğini, başkasına anlattığı takdirde görüntüleri internete vereceğini ifade ettiği, daha sonraki günlerde sanığın mağdureyi arayarak diğer bir sanıkla buluşmasını istediği, mağdurenin buna karşı çıkması üzerine “görüntüleri babana göndereyim mi” ifadesini kullandığı, bunun üzerine mağdurenin diğer sanıkla buluşmayı kabul ettiği, diğer sanıkta mağdureyi alarak bir yere götürdüğü ve burada ters ilişkiye girdiği, aynı yolla bir başka sanığın da mağdure ile ilişkiye girdiği olayda yüksek mahkeme, sanıkların yapmış olduğu şantajı, tehdit olarak kabul ederek suçun bir unsuru olduğuna ve cinsel istismar suçunun oluştuğuna hükmetmiştir¹¹⁷.

5. İlgilinin Rızasını Bertaraf Eden “Hile”

Hileli davranışla bir kimsenin rızası alınarak cinsel davranışta bulunulmuşsa gösterilen rıza geçersizdir. “Hile” kavramı birçok anlama gelebil-

Yazarın bu düşüncesine katılmıyoruz zira tehdide ilişkin bu denge unsuru, TCK’nın 28. maddesinde düzenlenen ve failin kusurluluğunu ortadan kaldıran bir neden olan “tehdit” kapsamında kriter olarak esas alınabilir.

¹¹⁵ Ünver, Yener: “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, İstanbul 2013, s. 33. “Tehdit konusunun objektif önemliliği değil, maruz kalan üzerinde yarattığı etki önemlidir. Bu da mağdurun vazgeçemeyeceği, önemseyeceği, tehditle karşılaştığında feda etmekten çekineceği bir husustur.”

¹¹⁶ İradeyi etki eden sebep olarak tehdit ile şantajın bir arada düzenlenmediği, bu nedenle şantajın varlığı halinde gerçek içtima hükümlerince hem çocuğun cinsel istismarı suçundan hem de şantaj suçundan cezaya hükmolunması gerektiği ifade edilmiştir. Bkz. Kartal, Pınar Memiş: Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014, s. 171.

¹¹⁷ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 14.06.2016 tarih ve 2016/1632 Esas 2016/6124 Karar.

mektedir ve bu yüzden müphemdir. Dolandırıcılık suçu yönünden yapılan hileli davranışlarla mağdurun aldatılmış olması yeterli görülmektedir. Bu suç yönünden bariz hile hallerinde bile, mağdur aldatılmış ise hileli davranışın var olduğu kabul edilmektedir¹¹⁸. Bariz hile hallerinin, cinsel özgürlüğe karşı suçlar yönünden rızayı bertaraf edip etmeyeceği tartışmalı bir konudur. Aşağıda yüksek mahkemece verilen, dini değerler kullanılarak rızanın alındığı, benzer olaylara ilişkin iki karara yer verilmiştir. Bunun yanında belirtmek gerekir ki karşıdaki kişiyi baştan çıkarmaya yönelik bir takım söz ve davranışlarda bulunmak hile kapsamında değerlendirilmemelidir¹¹⁹.

Tarikat lideri olduğunu iddia ederek dergah açan sanığın, dergah olduğunu iddia ettiği yere gelen kimseleri, mertebelerini yükseltme bahanesi ile sır odası denilen bir mekana aldığı, burada kapıyı kilitledikten sonra mağdurlerle vajinal, erkek olan mağdurla anal yoldan ilişkiye girdiği, bu durumu badelenme olarak karşısındaki kişilere ifade ettiği, bir kısım mağdurların nişanlılarını ya da eşlerini badelenme tabir edilen eylem ve cinsel ilişki için dergaha getirecek kadar sanığa inanıp aldandıkları olayda yüksek mahkeme, sanığın, mağdurların iradelerini fesada uğratıp hile kullanmak suretiyle rızalarını elde ettiğine ve bu yüzden sanık hakkında mahkumiyet kararı verilmesi gerektiğine hükmederek ilk derece mahkemesince verilen beraat kararını bozmuştur¹²⁰.

Başka bir kararında yüksek mahkeme; sanığın biri resmi nikahlı, diğerleri dini nikahlı olmak üzere toplam yedi eşiyle aynı ikametgahta kaldığı, ikametgahına gelen insanlara izinsiz olarak din eğitimleri verip barınma sağladığı, güven duyulmasını sağlamak için kendini dini sıfatlarla başkalarına tanıttığı, mağdurlardan kesin bir inanç ve teslimiyet sağladığı, cinsel isteklerinin karşılanmasını istediği ve eylemlerini de dini inancın bir gereği gibi gösterdiği, manevi mertebelerinin yükselmesi için bunun gerekli olduğunu ifade ettiği, cinsel davranışlarda bulunduğu kimselere, günah işlemenin normal, asıl olanın tövbe etmek olduğunu telkin ederek cinsel ilişkiye girdiği, cinsel ilişkiye girdiği kadınlar arasında evli olanların da olduğu ve bu kadın-

¹¹⁸ **Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Ankara 2018, s. 181-184. “Özel Hukuk yönünden hile ile ceza hukuku yönünden hile ayrımı yapıldığında, yalnızca yalan söyleyerek mağdurun aldatılması özel hukuk yönünden hilenin kabulü için yeterli görülüyordu. Ceza Hukuku yönünden hileden bahsedebilmek için ise kurnazlık gösterilerek mağdurun aldatılması gerekiyordu. Bu yönüyle bazı hileli davranışlar ile mağdur aldatılmış olsa bile suç teşkil etmiyordu. Günümüzde ise bu görüş değişikliğe uğramıştır.”

¹¹⁹ Aynı doğrultuda görüş için bkz. **Kocaoğlu**, S. Sinan: Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara 2016, s. 111.

¹²⁰ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 03.10.2012 tarih ve 2012/11328 Esas 2012/9412 Karar.

ların bir süre sonra eşlerinden ayrıldığı, cinsel ilişkiye girdiği kadınlardan olan çocuklarını da resmi nikahlı karısının üzerine kaydettirdiği olayda, sanıkla cinsel ilişkiye giren mağdurelerin rızalarının bulunması nedeniyle sanık hakkında beraat kararı verilmesi gerektiğine oy çokluğu ile hükmetmiştir¹²¹.

Rıza gösteren kişinin iradesini sakatlayan hilenin her durumda değil, ihlaline rıza gösterilen hukuksal değere ilişkin olması halinde dikkate alınması gerektiği, rıza gösterilmesi halinde taahhüt edilen şeyler ya da menfaatlerin hukuksal değere ilişkin olmadığı ifade edilmiştir¹²². Nitekim yüksek mahkeme, cinsel ilişkiye girme yönünden, evlenme vaadiyle rızanın sağlandığı olaylarda, evlenme vaadinin¹²³ hile olarak kabul edilemeyeceği yönünde kararlar vermektedir¹²⁴. Bununla birlikte böyle bir durumda, fiil suç teşkil etmese de erkeğin davranışının haksız fiil niteliğinde olduğuna ve kadının içine düştüğü durum nedeniyle kadın lehine manevi tazminata hükmedilmesi gerektiğine ilişkin hukuk genel kurul kararı bulunmaktadır¹²⁵.

¹²¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 19.12.2016 tarih ve 2016/4887 Esas 2016/8588 Karar.

¹²² Şahin, s. 211.

¹²³ Evden uzaklaştırılıp fuhuş yaptırılan çocuğa yönelik evlenme vaadinin, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden rıza iradesini sakatladığına ilişkin karar için bkz. Yargıtay 5. Ceza Dairesi 12.04.2011 tarih ve 2011/1242 Esas 2011/2978 Karar.

¹²⁴ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 30.04.2015 tarih ve 2014/1552 Esas 2015/5994 Karar, “suça sürüklenen çocuğun suç tarihinde on beş, on sekiz yaş grubu aralığında olan ve dosya içeriğine göre akıl hastalığı da bulunmayan mağdure ile birden fazla rızaen cinsel ilişkiye girmesi eyleminde, suça sürüklenen çocuğun evlenme vaadinde bulunması mağdurenin iradesini bertaraf edip fiile karşı koyma gücünü ortadan kaldıracak boyutta bir hile olarak kabul edilemeyeceğinden,” aynı doğrultuda bir başka karar için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 20.11.2014 tarih ve 2012/7531 Esas 2014/515 Karar.

¹²⁵ Yargıtay Hukuk Genel Kurulu 01. 07.2009 tarih ve 2009/4-273 Esas 2009/314 Karar, “Toplumumuzun geleneksel yapısı ve tarafların yaşadıkları sosyal çevrede gözetildiğinde; davalının davranışları ve iknası sonucunda, evlenecekleri inancına kapılan davacının, taraflar arasında meydana gelen yakınlaşma sonucunda cinsel ilişkiye girerek kızlığının bozulması olgusunun toplumda açığa çıkması halinde, gelecekte onun yeni bir evliliğe adım atarken kendine olan güvenini sarsacağı, belki de evleneceği insan veya çevresindekiler tarafından böyle bir durumun varlığının aleyhine kullanılabilceği, kaçınılmaz bir gerçektir. Aynı sosyal çevreyi paylaşan davalının, davacının içine düşeceği bu durumu da gözetenerek, daha hassas davranmasının, ondan beklenen ve olması gereken bir davranış modeli olduğu unutulmamalıdır. Tüm bu olgular birlikte ele alındığında ve tarafların bekar oldukları da gözetildiğinde, davacının, davalı tarafından evlenme vaadi ile kandırıldığı ve bunun etkisi altında gerek fiziksel gerek ruhsal anlamda zarara uğratıldığı ve bundan elem ve üzüntü duyduğunun kabulü gerekir. Diğer taraftan davacının annesi olan diğer davacının aynı olaydan etkilenip, utanç duyduğu ve kızının her an intihara kalkışma olasılığı ile yanından ayrılmadığı, kızının geleceği hakkında

6. İradeyi Etkileyen Başka Bir Neden Dayalı Olarak Alınan ve Geçersiz Olarak Kabul Edilen Rıza

“İradeyi etkileyen başka bir neden dayalı olarak alınan rıza”da geçersizdir. “İradeyi etkileyen nedenlerin” ne olduğuna ilişkin kanunda bir açıklama bulunmamaktadır. Bu müphem kavram nedeniyle serbestçe rıza açıklanmasını ve gösterilmesini etkileyen birçok durumun bu kapsamda değerlendirilebileceği ve bunun da suçta ve cezada kanunilik ilkesine aykırılık teşkil ettiği ifade edilmiştir¹²⁶.

Kişinin alkol ve uyuşturucu¹²⁷ madde etkisinde olması, baygın veya uyku halinde olması ya da iradeyi etkileyen başka bir “geçici neden” altında olmasından faydalanılarak alınan rıza geçerli olmayacaktır¹²⁸. Kişinin alkol veya uyuşturucu maddeyi iradi olarak alıp almamasının bir önemi yoktur ve bu durumda da suç oluşur¹²⁹. Yeter ki bu suçun mağduru, iradesini etkileyen nedenden kaynaklı olarak rıza gösterme ehliyetini geçici olarak yitirsin ve fail, mağdurda geçici irade kaybı olduğunu ve rıza gösterme ehliyetini yitirdiğini bilerek hareket etsin. Ancak şunu da belirtmek gerekir ki madde gerekçesinde, iradeyi etkileyen bir nedenden söz edebilmek için mevcut nedenin (alkol ve uyuşturucu gibi) karar verme iradesini etkilemesinin yeterli olduğu, bununla ötesinde çocuğun direncini tamamen kırarak ve rıza iradesini ortadan kaldıracak nitelikte olmasının gerekli olmadığı ifade edilmiştir¹³⁰.

kaygıya kapıldığı, dosya kapsamında anlaşılacakla; bu davacının manevi zarara uğradığı da kabul edilmelidir.” Farklı bir olayda manevi tazminat talebinin reddedilmesi gerektiğine ilişkin başka yüksek mahkeme kararı için bkz. Yargıtay 4. Hukuk Dairesi 05.04.2016 tarih ve 2015/13890 Esas 2016/4530 Karar.

¹²⁶ Kocaoglu, s. 280.

¹²⁷ Bu doğrultuda karar için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 01.06.2015 tarih ve 2013/10141 Esas 2015/6707 Karar, “*olay tarihinde sanığın bir arkadaşı ile birlikte nişanı bozan mağdureyi dershaneden çıkarken zorla aracına bindirdiği, ardından araç içerisinde uyuşturucu madde koklatarak baygın hale getirdiği, mağdurenin rızasını bu şekilde bertaraf ettikten sonra cinsel ilişkiye girdiği anlaşıldığından*”, bu olayda kişinin bayıltılması cebir kapsamında da değerlendirilebilir. Ayrıca bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 23.05.2016 tarih ve 2014/5531 Esas 2016/4956 Karar.

¹²⁸ Yukarıda da bahsedildiği gibi yüksek mahkeme bu gibi durumlarda mefruz cebrin var olduğunu kabul etmektedir.

¹²⁹ Kantarcı, s. 179, bu görüşten farklı karar için bkz. Yargıtay 14. Ceza Dairesi 12.02.2018 tarih ve 2017/4730 Esas 2018/919 Karar, “*alkol ve uyuşturucu maddeleri isteği dışında alıp sanıklarla zorla ilişkiye girdiğine yönelik delil bulunmaması*”

¹³⁰ Tezcan/Erdem/Önok, s. 422.

Yüksek mahkeme mağdureye yönelik cinsel davranış yönünden, mağdurenin sokaklarda, halkın verdiği yiyeceklerle yaşamak zorunda kalmasının ve çaresizlik içerisinde bulunmasının, iradeyi etkileyen bir neden olarak değerlendirilemeyeceğine ve bu nedenle mağdurenin göstermiş olduğu rızanın geçerli olduğuna, bu itibarla on sekiz yaşını tamamlamamış, ancak on beş yaşını tamamlamış, maruz kaldığı fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılaya yeteneği gelişmiş mağdureye yönelik cinsel davranışın, reşit olmayanla cinsel ilişki suçu (TCK m. 104/1) kapsamında değerlendirilmesi gerektiğine hükmetmiştir¹³¹.

TCK'nın 103. maddesinde sayılmasa da rıza iradesini sakatlayan bir başka durum "hata" halidir. Mağdurun fiil üzerinde yapmış olduğu hata halinin "iradeyi etkileyen neden" kapsamında değerlendirilebileceği düşüncesindeyiz¹³².

Rıza gösterme iradesini sakatlayan "hata"dan söz edebilmek için, mağdurun hatasının hukuksal değere ilişkin olması gerektiği, hukuksal değere ilişkin olmayan saik hatalarının ve rıza gösterilmesi halinde elde edilmesi beklenen menfaatlerin bu kapsamda değerlendirilemeyeceği, nasıl olsa yakında evleneceklerini düşündüğü için nişanlısı ile cinsel ilişkiye giren, ayırt etme gücüne sahip ergin bir kadının bu hatasının, rıza iradesine sakatlayan "hata" hali kapsamında değerlendirilmesinin mümkün olmadığı ifade edilmiştir¹³³.

C. Reşit Olmayan İle Cinsel İlişki Suçu (TCK m. 104) Yönünden Rıza

Cebir, tehdit ve hile gibi herhangi bir irade sakatı olmadan ve rızayla on beş yaşını bitirmiş olan çocukla cinsel ilişkide bulunan kişi, şikayet üzerine cezalandırılacaktır. (TCK m. 104/1) Yani on beş yaşını ikmal etmiş ancak on sekiz yaşını doldurmamış çocuk, rızasıyla cinsel ilişkiye girdikten sonra birlikte olduğu kişiden şikayetçi olursa TCK'nın 104/1. maddesi uyarınca ilgili yaş aralığında olan çocukla birlikte olan kişinin cezai sorumluluğu doğacaktır.

Reşit olmayan ile cinsel ilişki ifadesinden çiftlerin organları ile tam birleşmeyi içeren hareketlerini anlamak gerekir. Başka bir ifade ile yalnızca cinsel güdü ve arzuların tatminine yönelik hareketler reşit olmayan ile cinsel

¹³¹ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 15.03.2016 tarih ve 2015/8952 Esas 2016/2503 Karar.

¹³² Burada mağdurun fiil üzerindeki hatasından bahsetmekteyiz. Failin, fiil üzerinde yapmış olduğu hata hali aşağıda değerlendirilecektir.

¹³³ Şahin, s. 200.

ilişki suçu kapsamında değildir. Bu gibi fiiller TCK'nın 102 ve 103 maddelerinde düzenlenen cinsel saldırı ve cinsel istismar suçları kapsamında değerlendirilmelidir¹³⁴.

Reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu yönünden on beş yaşını tamamlamış çocuğun rızası, fiili suç olmaktan çıkarmaz ancak kişi, cezası daha az olan 104. madde kapsamında cezalandırılmaktadır. Ancak yukarıda çocuğun cinsel istismarı suçu bölümünde bahsedildiği üzere ortada rızayı bertaraf edecek cebir, tehdit ve hile gibi bir durum varsa geçerli bir rızadan söz edilemez ve bu gibi irade sakatının bulunduğu durumlarda kişi cezası daha fazla olan çocuğun cinsel istismarı suçundan sorumlu olacaktır¹³⁵.

Çoğu olayda reşit olmayan ile cinsel ilişki suçunun yanında on sekiz yaşını tamamlamamış çocuk yönünden hürriyeti yoksun kılma suçunun oluşup oluşmayacağı, çocuğun rızasının, bu suç türü yönünden fiil hukuka uygun hale getirip getirmeyeceği sorunu gündeme gelmektedir. Bu konunun da irdelenmesinin önemli olduğu düşüncesindeyiz.

On sekiz yaşını tamamlamamış olan çocuğun bir başkası ile bir yere gitmek ve orada bulunmak şeklindeki rızasının geçerli olup olmadığı konusunda yasada bir açıklık bulunmamaktadır. Yüksek mahkeme bu gibi durumlarda Ceza Kanunu'nun cinsel suçlarda belirlediği kriteri esas alarak ayırım yapmaktadır. Yüksek mahkemenin yerleşik kararlarına göre reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun mağduru çocuk eğer on beş yaşını tamamlamışsa ve ayırt etme gücüne sahipse, göstermiş olduğu rıza TCK'26/2 kapsamında geçerli bir rızadır ve fiili hukuka uygun hale getirir. Bu gibi bir olayda reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu oluşabilecek ise de, hile, cebir ve tehdit yoksa ve ayırt etme gücüne sahipse, çocuğun göstermiş olduğu rıza kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçu yönünden fiili hukuka uygun hale getirecek ve fail, kişiyi hürriyetinden yoksun kılma suçundan cezalandırılmayacaktır¹³⁶.

¹³⁴ Karşı görüş için bkz. **Soyaslan** (Ceza Hukuku Özel Hükümler), s. 247.

¹³⁵ İlgili maddenin 2. ve 3. fıkrasında suçun nitelikli halleri düzenlenmiştir. Bu fıkralara göre; *suçun, mağdur ile arasında evlenme yasağı bulunan kişi tarafından ya da evlat edineceği çocuğun evlat edinme öncesi bakımını üstlenen veya koruyucu aile ilişkisi çerçevesinde koruma, bakım ve gözetim yükümlülüğü bulunan kişi tarafından işlenmesi halinde şikayet aranmaksızın, on yıldan on beş yıla kadar hapis cezasına hükmolunur.*

¹³⁶ Yargıtay Ceza Genel Kurulu, 20.11.2007 tarih ve 142/240 Karar, karar için bkz. **Şirin, Osman/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç, Gürsel/Özdemir, Muzaffer/Erel, Kemalettin**: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 2004-Temmuz 2008, Ankara 2008, s. 338-343. Böyle olaylarda TCK'nın 234/3. maddesinin uygulanması söz konusu olabilir. TCK'nın 234/3. maddesine göre; *kanuni temsilcisinin bilgisi veya rızası dışında evi terk eden çocuğu, rızasıyla da olsa, ailesini veya yetkili makamları durumdan haber-*

D. Cinsel Taciz Suçu (TCK m. 105) Yönünden Rıza

Cinsel taciz suçu, TCK'nın 105. maddesinde düzenlenmiştir. Bu hükme göre, bir kimseyi cinsel amaçlı olarak taciz eden kişi cezalandırılmaktadır. Bu suçun maddi unsuru, herhangi bir vücut teması bulunmaksızın, cinsel amaçlı davranışlarla bir kimseyi rahatsız etmektir¹³⁷.

Cinsel taciz suçunun basit şekli şikayete bağlıdır ve bu yönüyle kanun hükmünün koruduğu menfaat üzerinde serbestçe tasarruf edilebilir. Cinsel taciz suçunda vücuda temas bulunmadığından bu suç yönünden gösterilen rızanın, tipikliği değil fiilin hukuka aykırılığını ortadan kaldırdığını¹³⁸ söylemek daha doğru olacaktır. Böyle bir durumda genel hüküm olan TCK'nın 26/2 maddesi uygulanacaktır. Nitekim Yüksek Mahkeme de aynı doğrultuda kararlar vermektedir¹³⁹.

Mağdurun telefonuna cinsel içerikli mesajlar göndererek cinsel taciz suçunu işlediği iddia edilen sanığın telefonlarında, mağdurun telefonundan gönderilmiş cinsel içerikli bir kısım mesajların bulunduğu, HTS raporlarında da tespit edilen bu mesajların mağdur tarafından gönderildiğinin doğrulandığı, ayrıca sanık ile mağdur arasında karşılıklı olarak yargılamaya konu taciz eylemlerinin gerçekleştiği iddia olunan dönemi de kapsayacak şekilde uzun süredir devam eden çok sayıda karşılıklı mesajlaşmanın bulunduğu olayda Yüksek Mahkeme, sanığın söz konusu mesajları mağdurun bilgisi ve rızası dahilinde gönderdiğine ve gönderilen mesajlara olumlu cevap aldığına, dolayısıyla eylemin TCK'nın 26/2. maddesinde öngörülen hukuka uygunluk nedeni kapsamında işlendiğine ve bu yüzden sanığın beraat etmesi gerektiğine hükmetmiştir¹⁴⁰.

dar etmeksizin yanında tutan kişi, şikayet üzerine, üç aydan bir yıla kadar hapis cezası ile cezalandırılır.

¹³⁷ **Toroslu** (Ceza Hukuku Özel Kısım), s. 72.

¹³⁸ **Tezcan/Erdem/Önok**, s. 460. Bunun yanı sıra kanunda istisnai bir ifadeye yer verilmediğinden cinsel taciz suçunun nitelikli halleri yönünden de, mağdurun göstermiş olduğu rızanın, hukuka aykırılığı ortadan kaldıracığı düşüncesindeyiz.

¹³⁹ Bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 30.10.2014 tarih ve 2013/14.MD-352 Esas 2014/446 Karar, “*Cinsel taciz eylemlerinin suç olarak kabul edilebilmesi için bu eylemlerin hukuka aykırı olarak, başka bir ifadeyle mağdurun rızası hıfına gerçekleştirilmiş olması zorunludur. Rıza açıklama ehliyetine sahip bulunan bir kişinin, cinsel taciz eylemlerine TCK'nın 26. maddesi kapsamında göstereceği rıza eylemi hukuka uygun hale getirecek ve eylem suç teşkil etmeyecektir. Rızanın varlığı somut olayın özelliklerine göre belirlenecektir.*”

¹⁴⁰ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 27.10.2011 tarih ve 2011/7732 Esas 2011/1479 Karar.

V. CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLAR YÖNÜNDEN “RIZA”DA SINIRIN AŞILMASI

İlgilinin rızası sınırlarının aşıldığı andan itibaren fiil hukuka aykırı olur. Basamak suç niteliğinde olan geçit suçun¹⁴¹ tipik hareketlerine ilişkin verilen rıza, daha ilerisi için mağdurun rızası yoksa ağır suç yönünden geçerli değildir. Vücuda organ sokulması suretiyle gerçekleştirilen nitelikli cinsel saldırı suçu yönünden basamak suç basit cinsel saldırı suçudur. Mağdurun rızası, yalnızca öpme, dokunma gibi bir takım cinsel davranışlara ilişkin olabilir. Daha da ötesinde cinsel ilişkiye girmeye rızası yoksa ve bu sınırlı rızasına aykırı olarak daha da ileriye gidilerek bir fiil gerçekleştirilmiş ise, fail nitelikli cinsel saldırı suçundan sorumlu olabilecektir¹⁴².

Katılan sanıklar arasında bir süredir duygusal yakınlık olduğu, mektuplaştıkları, katılan sanıklardan erkek olanın kadından cinsel içerikli taleplerinin olduğu, kadının ise birlikte kaçmaları halinde bunları yapabileceğini söylediği, olay günü adamın herhangi bir zorlama olmadan kadının rızasıyla içeriye girdiği, kadın ile adamın evin kilerine geçtikleri, burada adamın kadının rızasına aykırı olarak cinsel davranışlarda bulunmaya başladığı, kadının ise rızasına aykırı olarak yapılan bu cinsel saldırıdan kurtulmak için direnç gösterdiği, bu sırada çuvalların arasına gizlediği tabancaya ulaşarak bitişik atış mesafesinden adamın boyun ve göğüs bölgesine bir el ateş ettiği olayda yüksek mahkeme, katılan sanık kadının, katılan sanık adamın eve gelmesine gösterdiği rızanın, cinsel saldırıyı da kapsamadığına, adamın cinsel davranışlarının haksız bir fiil teşkil ettiğine hükmetmiştir¹⁴³.

¹⁴¹ Bir suçun işlenmesi için bazı durumlarda daha hafif suçtan geçilmesi gerekmektedir. Daha ağır suçu işlemede basamak durumunda olan bu suçlara geçit suçları adı verilmektedir. Bkz. İçel, Kayıhan: Suçların İçtimai, İstanbul 1972, s. 227.

¹⁴² Özbek/Doğan/Bacaksız/Tepe, s. 337-338. “rıza hem cinsel davranışa hem de cinsel davranışın yapılış şekline yönelik olarak verilmelidir. Örneğin sadece basit nitelikteki cinsel davranışlara yönelik olarak verilen rızanın ötesinde failin rıza dışında nitelikli şekilde (vücuda organ ya da cisim sokması suretiyle) cinsel davranışlarda bulunması halinde fiil hukuka aykırı olmaya devam edecektir.”

¹⁴³ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 17.02.2015 tarih ve 2014/1-572 Esas 2015/2 Karar, ilgili kararda kadının maruz kaldığı cinsel saldırı fiilinin, meşru savunma kapsamında, saldırı niteliğinde, haksız bir fiil olduğu kabul edilerek meşru savunma şartlarının oluştuğu kabul edilmiş ve böylece kadının, sanığı konutuna alma yönündeki rızasının, cinsel davranış yönünden de geçerli olduğunun peşinen kabul edilmesinin mümkün olmadığı işaret edilmiştir. Karar için bkz. Şare, (Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma), s. 25.

VI. CİNSEL ÖZGÜRLÜĞE KARŞI SUÇLARDA İLGİLİNİN GÖSTERMİŞ OLDUĞU RIZANIN GEÇERLİ OLDUĞUNA İLİŞKİN HATA HALİ

İlgilinin rızası koşullarının oluştuğuna ilişkin hata halini, fiil üzerinde hata ve hukuk normu üzerinde yapılan hata olmak üzere iki başlık altında toplamak mümkündür.

A. İlgilinin Rızasının Geçerli Olduğuna İlişkin Fiil Üzerinde Hata

Cinsel suçlarda ilgilin rızasını, fiilin tipik olmasını engelleyen suçun negatif bir maddi unsuru olarak kabul ettiğimizden, bu gibi hallerde TCK'nın 30/3. Maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk nedeni üzerinde hata hükmünün değil, TCK'nın 30/1. maddesinde düzenlenen, suçun maddi unsuru üzerinde yapılan hata hükmünün uygulanacağı kanaatindeyiz¹⁴⁴.

Fiil üzerinde hata halinde, kişinin yapmış olduğu fiil, kanunda tanımlanan bir suç tipine girer. Ancak kişi fiilini gerçekleştirirken, kanunda suç için öngörülen maddi unsurları bilmediğinden ya da bu unsurlar yönünden yanlışlığa düştüğünden suç işlediğini düşünmez. Bu yüzden ki kişinin kanunda tanımlı suçun maddi unsurları yönünden fiil üzerindeki hatası kastını ortadan kaldırır¹⁴⁵.

Cinsel davranışa maruz kalan kişinin göstermiş olduğu direncin ciddi olmadığını zannedilmesi suçun maddi unsurları üzerinde yapılan “hata” hali kapsamında değerlendirilebilir ve bu durumda kast ortadan kalkabilir. Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçların taksirle işlenebilen haline kanunda yer verilmediğinden, taksirle hareket eden fail, yapmış olduğu fiilden sorumlu olmayacaktır¹⁴⁶. Bununla birlikte bu suçlar, mahiyetleri uygun düştükçe olası kast ile de işlenebilir¹⁴⁷.

Fail, aynı zamanda suçun bir maddi unsuru olan, cinsel davranışını sergilediği ilgili kişinin rıza ehliyeti konusunda yanlış olabilir ve bu gibi bir durumda TCK'nın 30/1. maddesinde yer alan hata hükmünden faydalanabilir¹⁴⁸.

¹⁴⁴ TCK'nın 30/1. Maddesine göre; *fiilin icrası sırasında suçun kanuni tanımındaki maddi unsurları bilmeyen bir kimse, kasten hareket etmiş olmaz. Bu hata dolayısıyla taksirli sorumluluk hali saklıdır.*

¹⁴⁵ **Güngör**, Devrim: Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007 s. 56-58.

¹⁴⁶ Bkz. **Şare**, Ersin: “Türk Hukuk Sisteminde Düzenlenen Taksir Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 90, Sayı 2016/1, Ocak-Şubat/2016, s. 90-92.

¹⁴⁷ **Jescheck**, Hans-Heinrich: Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çeviren: Feridun Yenisey, İstanbul 2007, s. 100.

¹⁴⁸ **Zafer**, s. 320.

Rıza ehliyetine ilişkin fiil üzerinde hata genellikle iki şekilde ortaya çıkar. Karşısındaki kişiye rızası ile cinsel davranışta bulunan kimse, cinsel davranışını icra ettiği kişinin bu fiilin hukuki anlam ve sonuçlarını algılama yeteneğine sahip olmadığını bilmez. İkinci durumda ise cinsel davranışta bulunduğu kişinin on beş yaşını tamamladığı noktasında bilgi noksanlığı vardır. Bu türden bilmeme durumları, fiil üzerinde hataya yol açabilir ve somut olaya göre kastı ortadan kaldırılabilmektedir¹⁴⁹.

Mağdurun suç tarihinde, annesi ile birlikte yerleşik oldukları ilde düzenlenen mitinge gittiği, miting başlamadan önce cep telefonunun olmadığını fark edince babasının kızacağı endişesi ile annesinin yanından ayrıldığı, tek başına dolaştığı sırada bir iş yerinin önüne geldiği ve bu iş yerinde çalışan sanık ile karşılaştığı, sanığın kendisine araç ile gezmeyi teklif ettiği, mağdurunda araca bindiği ve birlikte şehir merkezinden uzaklaşarak ıssız bir yere gittikleri, burada aracın arkasında sanık ile mağdurun cinsel ilişkide bulundukları, daha sonra sanığın mağduru şehir merkezine bıraktığı, mağdurun zihinsel engelli olması nedeniyle ailesinin sanıktan şikayetçi olduğu, sanığın mahkemedeki savunmasında mağdurun zihinsel engelli olduğunu bilmediğini ve mağdur ile rızasıyla cinsel ilişkiye girdikleri şeklinde savunma yaptığı, mağdurun Adli Tıp Kurumu'na muayene edildiği, İstanbul Adli Tıp Kurumu 6. İhtisas Kurulunun 15.05.2017 tarihli raporunda; mağdurun Hafif-Orta derece sınırında zeka geriliğinin olduğunun ve kendisinde mevcut olan zeka geriliğinin hekim olmayanlarca anlaşılamayabileceğinin ancak kendisini yakından tanıyanlarca ve tekrarlayan görüşmelerce anlaşılabileceğinin bildirildiği, ilk derece mahkemesince sanığın, çocuğun cinsel istismarı suçunun işlediği kabul edilerek mahkumiyet kararı verildiği ve mahkumiyet kararının temyiz edildiği olayda, yüksek mahkeme, sanığın mağdureyle olay tarihinde ilk kez görüşmesi, sanığın mağduredeki zeka geriliğini bildiğine ve cinsel ilişki eyleminin cebir, tehdit veya hileyle gerçekleştiğine dair cezalandırılmasına yeter, her türlü şüpheden uzak, kesin ve inandırıcı delil bulunmaması nedeniyle atılı suçtan sanığın beraat ettirilmesi gerektiğine oy çokluğu ile hükmetmiştir¹⁵⁰. Bu kararı ile yüksek mahkeme,

¹⁴⁹ **Toroslu** (Ceza Hukuku Özel Kısım), s. 68.

¹⁵⁰ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 07.05.2018 tarih ve 2018/572 Esas 2018/3391 Karar, verilen bu karara ilgili dairenin iki üyesi muhalif olmuş ve karşı oy yazmışlardır. Karşı oyda; *"her ne kadar sanık, mağdurenin akıl zayıflığının farkında olmadığını savunmuş ise de, gerek yukarıda açıklanan raporlar, gerek talimat mahkemesince zapta yansıtılan, mahkemece ve dairemizce kayden izlenen gözlem sonucu akıl zayıflığının açıkça anlaşılabilir olması ve sanık tarafından kabul edildiği şekilde olay günü mağdurenin davranışlarının orta düzeyde sağlıklı bir bireyden beklenen davranışlar olmadığının açıkça anlaşılır olması karşısında, sanık savunmasının itibar edilecek yönünün bulunmadığı, sanı-*

mağdurun rıza gösterme ehliyetinin olup olmadığı konusunda yanılma halinin kastı ortadan kaldırılabileceğine işaret etmiştir. Yine başka bir kararında, sanığın, mağdurdaki zeka geriliğini bilip bilmediği konusunda gerekli araştırma yapılmadan verilen mahkumiyet kararının isabetli olmadığına hükmetmiştir¹⁵¹.

Cinsel suçlarda bir diğer fiil üzerinde hata hali mağdurun yaşı hususunda söz konusu olabilmektedir. On beş yaşını tamamlamamış mağdurların cinsel davranış yönünden göstermiş olduğu rızanın geçerli olmadığı hususu yukarıda ayrıntıları ile bahsedildi. Cinsel istismar suçunun oluşması için failin, karşısındaki çocuğun on beş yaşının ikmal etmediğini bilerek hareket etmesi gerekir. Bu konuda sanığın yapmış olduğu hata kastı ortadan kaldırılabilir.

Yüksek mahkeme vermiş olduğu bir kararında, suça sürüklenen çocuğun mağdurenin on beş yaşından büyük olduğunu zannettiğine ilişkin savunması, mağdurenin fiziksel görünümünün on beş yaşından büyük olduğuna ilişkin savcılık gözlemi ve tüm dosya kapsamına göre; Anayasa Mahkemesinin 25.03.2015 gün ve 2014/6419 başvuru numaralı kararı da dikkate alınarak suça sürüklenen çocuk hakkında TCK'nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükümlerinin uygulanma koşullarının oluşup oluşmadığının tartışılması gerektiğine oy çokluğu ile hükmetmiştir¹⁵². Başka bir kararında

ğın mağdureyi bir şekilde iş yerinden çıkarmak ve uzaklaştırmak gerektiğinde polislerin onu aradığı bilgisinden de hareketle ilgili yerlere bildirimde bulunmak yerine, zayıflığından da faydalanmak suretiyle onu aracıyla gezmeye ikna ettiği, mağdurenin akıl zayıflığını ve maruz kaldığı eylemlerin neticelerini öngöremeyip kendisini savunamayacak durumda olmasını fırsat bilerek, kısmen ikna ile, kısmen da ayrılmasını engellemek suretiyle mağdureye karşı cinsel saldırı fiilini işlediği anlaşıldığından usul ve yasaya uygun olan yerel mahkeme hükmünün onanması düşüncesiyle sayın çoğunluğun bozma kararına muhalifiz.” ifadelerine yer verilmiştir.

¹⁵¹ Yargıtay Ceza Genel Kurulu 29.11.2016 tarih ve 2016/14-755 Esas 2016/454 Karar, “Buna göre; öncelikle sanık ve mağdure ile aynı iş yerinde çalışan kişilerin tespit edilerek tanık sıfatı ile dinlenip, sanığın mağduredeki zeka geriliğini bilmediğine dair beyanlarının alınması, sanığı uyardıklarını söyleyen katılanlara, mağduredeki zeka geriliğini sanığa söyleyip söylemediklerinin açıklattırılması ve sanığın mağduredeki zeka geriliğini bilip bilmediği, biliyorsa bu durumun ne zaman farkına vardığı ve öğrendikten sonra mağdure ile cinsel ilişkiye girip girmediğinin sorulmasından sonra, mevcut deliller itibarıyla sanığın mağdurenin fiilin anlam ve sonuçlarını algılama yeteneği konusunda hataya düşüp düşmediği değerlendirilip sonucuna göre hüküm kurulması gerekirken, eksik araştırma ile sanığın çocuğun nitelikli cinsel istismarı suçundan mahkumiyetine karar verilmesi isabetsizdir.”

¹⁵² Yargıtay 14. Ceza Dairesi 31.01.2017 tarih 2014/8385 Esas 2017/388 Karar, Karara muhalif olan üye karşı oyunda; “somut olayda eldeki verilerle suça sürüklenen çocuğun mağdurenin yaşını bildiğini, duruşmadaki savunmasında mağdure ile rızasıyla ilişkiye

yüksek mahkeme, sanık ile mağdurenin aynı köyde ikamet ettikleri, bir süre arkadaşlık yaparak evlenmeye karar verdikleri, yaşı küçük olması sebebiyle mağdurenin ailesinin evlenmelerine izin vermediği, bunun üzerine mağdure ile sanığın rızaen kaçıp birlikte yaşamaya başladıkları, bu süre içerisinde rızaen birden çok cinsel ilişkiye girdikleri, mağdurenin polikliniğe müracaatında hamile olduğunun tespit edildiği, mağdurenin yaşının küçük olması nedeniyle görevlilerce suç ihbarında bulunulduğu, mağdurenin yaşının 1993 yılı olarak düzeltildiği ancak buna rağmen cinsel ilişkinin yaşandığı sırada on beş yaşının altında olduğunun anlaşıldığı olayda sanığın, mağdurenin yaşı konusunda TCK 30 maddesi kapsamında yanılgıya düştüğüne, gerçekleştirilen fiilin TCK'nın 104/1 maddesi düzenlenen reşit olmayan ile cinsel ilişki suçuna vücut verdiği ve şikayet yokluğu nedeniyle kamu davasının düşürülmesi gerektiğine oy çokluğu ile hükmetmiştir¹⁵³.

Dünya üzerindeki birçok ülke, cinsel ilişkiye girme noktasında yaş sınırı getirmiştir. Bizdeki yaş sınırının, TCK'nın 104/1. maddesinde düzenlenen reşit olmayan ile cinsel ilişki suçu dikkate alındığında on sekiz olduğu söylenebilir. Ancak bu suçun şikayete bağlı olması ve çoğu durumda şikayet bulunmaması nedeniyle fiili olarak cinsel ilişki konusunda rıza gösterme yaşının on beş olduğunu söylemek daha doğru olur. On beş yaşını tamamlamamış çocuğun göstermiş olduğu rıza, bedenen ve ruhen gelişmiş olsa bile geçerli değildir. Kırsal kesimde on beş yaşını tamamlamamış kız çocuklarının dini nikah ile evlendirilmeleri olaylarına sıklıkla rastlanmaktadır. On beş yaşını tamamlamamış çocuk hamile kalmakta, daha sonra hastaneye gittiğinde bu durum ilgili mercilere bildirilmekte ve çocukla birlikte olan şüpheli eş hakkında soruşturma başlatılmaktadır. Cinsel ilişki rıza ile gerçekleşse ve suçun mağduru çocuk ve ailesi şikayetçi olmasa bile çocukla ilişkiye giren kişi hakkında cinsel istismar suçundan mahkumiyet kararı verilmektedir. Bu gibi bir durumda fail olan eş cezaevine girdiğinden suçun mağduru olan “çocuk gelinin” ve dünyaya getirdiği çocuğun yardım alama-

girdiğini kabul ettikten sonra ‘mağdure ile bu şekilde ilişkiye girmenin suç olduğunu bilmiyordum’ demek suretiyle yaş küçüklüğünü bildiğini ikrar ettiğini, kanunu bilmenin mazeret sayılamayacağını, bu nedenle sanığın mağdurenin yaşı konusunda kaçınılmaz hataya düştüğünden söz edilemeyeceğini” ifade etmiştir.

¹⁵³ Yargıtay 14. Ceza Dairesi 17.09.2018 tarih ve 2016/2390 Esas 2018/5241 Karar, Karara muhalif olan üye karşı oyunda; “sanığın mağdureyi uzun süreden beri tanıdığını ve ailesinin yaşı küçük olduğu için evlenmelerine izin vermediğini bilmesi karşısında, mağdurenin on beş yaşından küçük olduğunu bilmemesinin hayatın olağan akışına aykırı olduğunu ve somut olayda TCK'nın 30. Maddesinde düzenlenen hata halinin uygulanma şartları mevcut olmadığını” ifade etmiştir.

maları, geçimlerini sağlayamamaları nedeniyle mağduriyetlerinin daha da arttığı ifade edilmektedir¹⁵⁴.

Hiç şüphesiz kanun yapımı çalışmaları sırasında toplumsal gerçeklikler göz önünde bulundurulur. Bu durum ceza kanunu yapımı sırasında da geçerlidir. Ancak ceza kanunlarının bir işlevi de toplumu eğitmek, geliştirmek ve çağdaş anlamda dönüştürmektir¹⁵⁵. Bilimsel verilere göre 15 yaşını tamamlamamış çocuk bedensel ve ruhsal olarak tam olarak gelişmemiştir ve bir cinsel birliktelik yaşaması beden ve ruh sağlığı açısından uygun değildir. Bu nedenle kendisine karşı sergilenen bu türden cinsel davranışlara karşı göstermiş olduğu rıza geçerli değildir. “Kırsal kesimde sıklıkla yaşanıyor” savı ile hareket edilerek bu kurala istisna getirilmesi ve yargı kararları ile bu kuralın uygulanamaz hale getirilmesi doğru değildir. Bu yüzdendir ki TCK’nın 30. maddesinde düzenlenen hata hükmünün mahkemelerce uygulanmasının on beş yaş kuralını ortadan kaldırır nitelikte olmaması gerekir¹⁵⁶. Özellikle on beş yaşının altında yapılan evliliklerde, “mağdurun yaşının on beşin altında olduğunu bilmiyordum” savunmasına itibar edilmemesi gerekir. Zira çoğu durumda istismar eden ile suçun mağduru uzun süre birlikte olduklarından ve evlilik hayatı sürdürdüklerinden bu durumun istismar eden tarafından bilinmediği iddiası hayatın olağan akışına aykırıdır.

Bizimde katıldığımız görüşe göre; ilgilinin yaşı konusunda sanığın hataya düşüp düşmediği değerlendirilirken sıkı kriterler getirilmelidir¹⁵⁷.

¹⁵⁴ 765 sayılı TCK’nın yürürlükte olduğu dönemde 434. madde bu gibi durumlarda uygulanabilmekteydi. 765 sayılı TCK’nın 434. maddesine göre, sanık, ırzına geçilen kadın ile evlenirse davanın ve cezanın infazı ertelenebilmekteydi. Başka bir anlatımla mağdur on beş yaşından küçük olduğunda, sanık cinsel istismardan ceza almaktaydı ancak mağdur ile evlendiğinde verilen bu cezanın infazı beş yıl süre ile ertelenmekteydi. Bu beş yıllık süre içerisinde evlilik devam ettiğinde sürenin bitiminde düşme kararı verilmekteydi. Bu çağ dışı hükme yeni TCK’da yer verilmemiştir. Bu konuda bilgi için bkz. Şare, Ersin: “Türk Hukuk Sisteminde Kabul Edilen Erteleme Kurumları Üzerine İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 26, Sayı 111, Mart-Nisan/2014, s. 174.

¹⁵⁵ **Toroslu** (Ceza Hukuku Genel Kısım), s. 19.

¹⁵⁶ İtalyan Ceza Kanunu’nda, bu suçların mağdurlarının on dört yaşının altında olması durumunda, failin, mağdurun yaşını bilmediğini mazeret olarak ileri süremeyeceğinin hüküm altına alındığı ifade edilmiştir. Bkz. **Güngör** (Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata), s. 61, dipnot 80.

¹⁵⁷ Yargıtay Ceza Genel Kurulu vermiş olduğu bir kararında, mağdurun yaşından daha büyük görünümünün hata savunması için yeterli olmadığına, somut olayda mağdurun davranışlarından ve uzun süre mağdur ile vakit geçirdiği dikkate alındığında yaşının küçük olduğunu bilmiyordum savunmasının hayatın olağan akışına aykırı olduğuna, bu itibarla TCK’nın 30. maddesinin uygulanması şartlarının oluşmadığına ve sanığın, çocuğun nitelikli cinsel istismar suçunda cezalandırılması gerektiğine hükmetmiştir.

Örnek olarak sanığın yaş konusunda düştüğü şüphe, mağdurun yaşını bilmeyle eş değer sayılmalıdır¹⁵⁸.

B. İlgilinin Rızasının Geçerli Olduğuna İlişkin Hukuki Hata

İlgilinin rızasına ilişkin kural üzerinde hata, kişinin sorumluluğuna etki etmez. Hukuki hata halinde fiil hukuka aykırıdır ve fail işlediği suç nedeniyle cezalandırılacaktır. Kişinin, “on beş yaşın altındaki kişiye rızasıyla da olsa cinsel davranış ya da cinsel münasebette bulunmanın suç olduğunu bilmiyordum” veya “on beş yaş-on sekiz yaş aralığında olan çocukla cinsel ilişkiye girmenin suç olduğunu bilmiyordum” şeklindeki savunmalarına itibar edilmeyecektir.

TCK’nın 4. maddesinde de “ceza kanunlarını bilmemek mazeret sayılmaz” hükmüne yer verilerek kural üzerinde hatanın kişinin sorumluluğunu etkilemeyeceğine işaret edilmiştir. TCK’nın 30/4. maddesinde yer alan, “işlediği fiilin haksızlık oluşturduğu hususunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanır” hükmünün, “kanunu bilmemek mazeret sayılmaz” kuralının sert bir şekilde uygulanmasının yol açabileceği mahzurları bertaraf edebileceği ifade edilmiştir¹⁵⁹.

Türk Medeni Kanunu’nun 124. maddesine göre, olağan evlenme yaşı 17’dir. Ancak bu durumda da yasal temsilcinin rızası gereklidir. (bkz. TMK m. 126) Olağanüstü evlenme yaşı ise 16’dır. Ancak bu durumda hakim izni gereklidir. (bkz. 124/2) Türk Medeni Kanunu’ndaki ve Türk Ceza Kanunu’ndaki düzenlemeler dikkate alındığında on altı yaşında evlenen ve rızayla cinsel ilişkiye giren kişi yönünden reşit olmayanla cinsel ilişki suçunun oluşup oluşmayacağı tartışmalı hale gelmektedir. Kanunda herhangi bir istisnaya yer verilmediğinden on beşini tamamlamış, ancak on sekiz yaşını tamamlamamış kişi ile evlilik içerisinde olsa bile cinsel ilişkiye giren kişi, şikayet olması halinde reşit olmayanla cinsel ilişki suçundan cezalandırılabilecektir¹⁶⁰. Evlenme ile kişinin ergin olması bu durumu değiştirmeyecektir. Ancak bu gibi durumlarda TCK’nın 30/4 maddesinde düzenlenen hata hükmü uygulanabilir. Zira kişi, evli olduğu ve on sekiz yaşını tamamlam-

Karar için bkz. Yargıtay Ceza Genel Kurulu 13.12.2016 tarih ve 2016/14-941 Esas 2016/1236 Karar.

¹⁵⁸ **Toroslu** (Ceza Hukuku Özel Kısım), s. 68.

¹⁵⁹ **Güngör**, Devrim: “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 68, Yıl 2007, s. 156.

¹⁶⁰ Doğru olan Ceza Kanunu ile Türk Medeni Kanunu’nu birbiriyle uyumlu hale getirmektir.

mayan eşiyle rızası dahilinde cinsel ilişkiye girmenin suç olduğunu bilme-yebilir. Bu gibi bir durumda gerçekleştirdiği fiilin haksızlık oluşturduğu konusunda kaçınılmaz bir hataya düşen kişi, bu hatasından yararlanacaktır.

SONUÇ

Cinsel saldırı ve cinsel istismar gibi cinsel özgürlüğe karşı işlenen suçlar yönünden ilgilinin rızası suçun tipikliğini ortadan kaldırmaktadır. Bu nedenle somut olayda geçerli bir rıza varsa, genel bir hukuka uygunluk nedeni olan TCK'nın 26/2 maddesi dolayısıyla değil, suçun tipik olmaması nedeniyle kişi hakkında cezaya hükmedilmeyecektir. Yine kendisine karşı cinsel davranış gerçekleştirilen kişinin, ilgili fiile rıza gösterdiği konusunda bir yanılma varsa TCK'nın 30/3 maddesinde düzenlenen hukuka uygunluk nedenlerine ilişkin hata hükmü değil, TCK'nın 30/1 maddesinde düzenlenen suçun maddi unsurları üzerinde hata hükmü uygulanacaktır.

On beş yaşın altındaki çocuğun, kendisine karşı sergilenen cinsel davranış yönünden gösterdiği rıza geçerli değildir. Bu kuralı uygulanamaz hale getirmek için uygulamada çeşitli yollar denenmektedir. Bunların başında mağdurun yaşını büyütme gelmektedir. Bir şekilde bu suç yönünden soruşturma başladığında, mağdurun yaşını büyütme için mahkemeye başvuruda bulunmaktadır. Burada dikkat edilmesi gereken yaş büyütme davalarının usulüne uygun olarak sonuçlandırılmasıdır. Hastane doğumlu olan mağdurların yaşının, kemik yaşı daha büyük denerek büyütülmesi hatalı olacaktır. Zira hastaneden alınan doğum belgesi aksi sabit oluncaya kadar geçerli bir resmi belgedir. Hastane doğum belgesinin sahte olduğu düşünülüyorsa, buna ilişkin soruşturma yapılmalı ve sonucu beklenmelidir.

Genellikle çocuk yaşta kimselerin rızaları ile de olsa büyük yaşta kişilerle cinsel ilişkiye girmeleri infial yaratmaktadır. Ancak uygulamada her iki tarafın çocuk olduğu vakalar ile de karşılaşmaktadır. Hastalıklı kişileri bir kenara bırakırsak medeni insan cinsel isteklerini sınırlayabilen ve toplum içindeki diğer kişilerin cinsel özgürlüğüne saygı duyan kişidir. Bu yüzden çocuklara doğru bir cinsel eğitimin verilmesi önemlidir.

Cinsel özgürlüğe karşı suçlarda ilgili kişinin rızasının varlığının tespiti fiil öncesi ve fiil sonrası vakalara dayanılabilmektedir. Bir kişi rızası ile bir kimsenin evine girmiş ise bu rızasının cinsel davranışı da kapsadığı şeklinde yorumda bulunmak doğru değildir. Yine mağdurun cinsel davranıştan çok sonra failden şikayetçi olması, failin davranışına rıza gösterdiği şeklinde yorumlanmamalıdır.

Cinsel özgürlüğe karşı suçların genelinde ispat sorunu yaşanmaktadır. Cinsel saldırı ya da istismara maruz kalanların çoğu, toplumun kendisine bakış açısının değişebilecek olmasını göze alarak şikayette bulunmaktadırlar. Bu yüzden çoğunlukla mağdurların beyanlarına itibar edilmelidir. Ancak akıl hastalığı nedeniyle olmayan bir şeyi olmuş gibi yansıtarak insanlara iftira eden kişilerle de karşılaşmaktadır. Yine uygulamada rıza ile cinsel ilişkiye girmesine rağmen, karşı tarafın evlenmek istememesi üzerine cinsel saldırı suçuna maruz kaldığı ithamında bulunan kişilere de rastlanılmaktadır. Suçun oluşup oluşmadığının tespitinde, mağdur kadının namuslu olması ya da suç ithamında bulunan kişinin iyi bir aile babası olup kendisinden böyle bir fiilin beklenmeyecek olması şeklindeki kişilik kriterlerinden ziyade suç delillerine öncelik tanınması gerekmektedir.

KAYNAKÇA

- Artuk**, Mehmet Emin/**Gökçen**, Ahmet/**Alaşahin**, M. Emin/**Çakır**, Kerim: Ceza Hukuku Genel Hükümler, On Birinci Baskı, Ankara 2017.
- Aydın**, Murat: Çocukların Cinsel İstismarı ve Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, 3. Baskı, Ankara 2018.
- Bakıcı**, Sedat, Ceza Hukuku Genel Hükümleri, Adalet Yayınevi, İkinci Baskı, Ankara 2008.
- Bayraktar**, Köksal: “Kasten Adam Öldürme”, Prof. Dr. Nur Centel’e Armağan, Marmara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Hukuk Araştırmaları Dergisi, Cilt 19, Sayı 2, Yıl 2013, s. 57-77.
- Bayraktar**, Köksal: “Yeni Türk Ceza Kanunu’nda Hukuka Uygunluk Nedenleri”, Erdoğan Teziç’e Armağan, İstanbul 2006, s. 15-23.
- Cassani**, Carlotta: “Hukuka Uygunluk Nedeni Olarak Hukukta Rıza”, Çevirenler: Muharrem Özen, Mustafa Özen, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 77, Yıl 2008, s. 236-248.
- Cassese**, Antonio/**Gaeta**, Paola/**Baig**, Laurel/**Fan**, Mary/**Gosnell**, Christopher/**Whiting**, Alex: International Criminal Law, Third Edition, 2013.
- Centel**, Nur: “Cinsel Suç Mağduru Kadının Korunması”, Kenan Tunçomağ’a Armağan, İstanbul 1997, s. 59-70.
- Centel**, Nur/**Zafer**, Hamide/**Çakmut**, Özlem: Türk Ceza Hukukuna Giriş, 7. Bası, İstanbul 2011.
- Çakmut**, Özlem Yenerer: Tıbbi Müdahaleye Rıza’nın Ceza Hukuku Açısından İncelenmesi, İstanbul 2003.
- Demirbaş**, Timur: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 8. Baskı, Ankara 2012.
- Develioğlu**, Ferit: Osmanlıca-Türkçe Ansiklopedik Lügat, 26. Baskı, Ankara 2010.
- Donay**, Süheyl: Türk Ceza Kanunu Şerhi, İstanbul 2007.
- Dönmezer**, Sulhi/**Erman**, Sahir: Nazari ve Tatbiki Ceza Hukuku Genel Kısım, Cilt II, On İkinci Bası, İstanbul 1999.
- Erem**, Faruk: “Adam Öldürme”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 10, Sayı 1, Yıl 1953, s. 33-91.
- Erem**, Faruk: “Ceza Hukukunda ‘Cebir’ Kavramı”, Yargıtay Dergisi, Yıl 16, Sayı 1-2, Ocak-Nisan/1990, s. 94-97.

- Erem, Faruk:** “Ceza Hukukunda ‘Hakkın Kullanılması’ ”, Ankara Üniversitesi Hukuk Fakültesi Dergisi, Cilt 41, Sayı 1-4, Yıl 1989-1990, s. 5-17.
- Erem, Faruk/Danışman, Ahmet/Artuk, Mehmet Emin:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, On dördüncü Baskı, Ankara 1997.
- Erman, Sahir:** Askeri Ceza Hukuku Umumi Kısım ve Usul, Dördüncü Bası, İstanbul 1967.
- Feyzioğlu, Metin:** Ceza Muhakemesinde Vicdani Kanaat, Ankara 2002.
- Gülşen, Recep:** Ceza Hukukunda Sorumluluğu Kaldıran Nedenlerden Kaza, Mücbir Sebep, Cebir ve Tehdit, Ankara 2007.
- Güngör, Devrim:** Ceza Hukukunda Fiil Üzerinde Hata, Ankara 2007.
- Güngör, Devrim:** “Ceza Hukukunda Kural Üzerinde Hata”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 68, Yıl 2007, s. 135-160.
- Hafizoğulları, Zeki/Özen, Muharrem:** Türk Ceza Hukuku Genel Hükümler, Beşinci Baskı, Ankara 2012.
- Hafizoğulları, Zeki:** Zina Cürümleri, İstanbul/1983.
- Hakeri, Hakan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, 19. Baskı, Ankara 2016.
- Hakeri, Hakan:** Kasten Öldürme Suçları TCK 81-82-83, 2. Baskı, Ankara 2007.
- Heinrich, Bernd:** Ceza Hukuku Genel Kısım I, Editör: Yener Ünver, Çevirenler: Hakan Hakeri, Yener Ünver, Veli Özer Özbek, Özlem Yenerer Çakmut, Barış Erman, Koray Doğan, Ramazan Barış Atladı, Pınar Bacaksız, İlker Tepe, Ankara 2014.
- İçel, Kayıhan:** Ceza Hukuku Genel Hükümler, İstanbul 2016.
- İçel, Kayıhan:** Suçların İçtimai, İstanbul 1972.
- Jescheck, Hans-Heinrich:** Alman Ceza Hukukuna Giriş, Çeviren: Feridun Yenisey, İstanbul 2007.
- Kaban, Mater/Aşaner, Halim/Güven, Özcan/Yalvaç, Gürsel:** Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 1996-Temmuz 2001, Ankara 2001.
- Kantarci, Nurullah:** Türk Ceza Hukukunda Reşit Olmayanla Cinsel İlişki Suçu, Ankara 2016.
- Kartal, Pınar Memiş:** Çocukların Cinsel İstismarı, İstanbul 2014.
- Kartal, Pınar Memiş:** “Türk Ceza Hukukunda Cinsel Saldırı Suçu (TCK m. 102)”, Ceza Hukukunda Kadının Şiddete Karşı Korunması, Editör: Nur Centel, İstanbul 2013, s. 85-110.

- Katoğlu**, Tuğrul: Ceza Hukukunda Hukuka Aykırılık, Ankara 2003.
- Kocaoğlu**, S. Sinan: Yargı Kararları Işığında Cinsel Dokunulmazlığa Karşı Suçlar, Ankara 2016.
- Oğuzman**, Kemal/**Seliçi**, Özer/**Özdemir**, Saibe Oktay: Kişiler Hukuku, 16. Bası, İstanbul 2016.
- Önder**, Ayhan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, Cilt II-III, İstanbul 1992.
- Özbek**, Veli Özer/**Doğan**, Koray/**Bacaksız**, Pınar/**Tepe**, İlker: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, 13. Baskı, Ankara 2018.
- Öztürk**, Bahri: “Hasta Hakları ve Ötanazi”, Turhan Tufan Yüce’ye Armağan, İzmir 2001, s. 573-590.
- Öztürk**, Bahri/**Erdem**, Mustafa Ruhan: Uygulamalı Ceza Hukuku ve Güvenlik Tedbirleri Hukuku, 13. Baskı, Ankara 2013.
- Parlar**, Ali/**Hatipoğlu**, Muzaffer: 5237 sayılı TCK’da Ceza Sorumluluğunu Kaldıran veya Azaltan Nedenler, 2. Baskı, Ankara 2010.
- Pisapia**, Gian Domenico: İtalyan Ceza Hukuku Müesseseleri Genel Kısım, Çeviren: Atıf Akgüç, Padova 1965.
- Serozan**, Rona: Medeni Hukuk Genel Bölüm Kişiler Hukuku, 4. Bası, İstanbul 2013.
- Sevük**, Handan Yokuş: Türk Ceza Hukuku Özel Hükümler, Ankara 2018.
- Sevük**, Handan Yokuş: “5237 Sayılı Türk Ceza Kanunu’nda Cinsel Saldırı ve Cinsel Taciz Suçları”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Sayı 57, Yıl 2005, s. 243-282.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Genel Hükümler, 7. Baskı, Ankara 2016.
- Soyaslan**, Doğan: Ceza Hukuku Özel Hükümler, 9. Baskı, Ankara 2012.
- Şahin**, Meral Ekici: Ceza Hukukunda Rıza, İstanbul 2012.
- Şare**, Ersin: “Türk Hukuk Sisteminde Düzenlenen Taksir Üzerine Bir İnceleme”, İstanbul Barosu Dergisi, Cilt 90, Sayı 2016/1, Ocak-Şubat/2016, s. 88-113.
- Şare**, Ersin: “Türk Hukuk Sisteminde Kabul Edilen Erteleme Kurumları Üzerine İnceleme”, Türkiye Barolar Birliği Dergisi, Yıl 26, Sayı 111, Mart-Nisan/2014, s. 163-236.
- Şare**, Ersin: “Yüksek Mahkeme Kararlarında Meşru Savunma”, İzmir Barosu Dergisi, Sayı 1, Yıl 83, Ocak/2018, s. 13-58.

- Şen**, Ersan: “Ceza Sorumluluğunu Kaldıran ve Azaltan Sebepler”, Türk Ceza Kanunu’nun 2 Yılı Teori ve Uygulamada Karşılaşılan Sorunlar, Türk Ceza Hukuku Derneği Yayınları, İstanbul 2008, s.73-122.
- Şen**, Ersan: Yeni Türk Ceza Kanunu Yorumu Cilt 1, İstanbul 2006.
- Şirin**, Osman/**Aşaner**, Halim/**Güven**, Özcan/**Yalvaç**, Gürsel/**Özdemir**, Muzaffer/**Erel**, Kemalettin: Yargıtay Ceza Genel Kurulu Kararları, Eylül 2004-Temmuz 2008, Ankara 2008.
- Taner**, Tahir: Ceza Hukuku Umumi Kısım, Üçüncü Basım, İstanbul 1953.
- Taner**, Fahri Gökçen: Türk Ceza Hukuku’nda Cinsel Özgürlüğe Karşı Suçlar, 2. Baskı, Ankara 2017.
- Tezcan**, Durmuş/**Erdem**, Mustafa Ruhan/**Önok**, Murat: Teorik ve Pratik Ceza Özel Hukuku, 16. Baskı, Ankara 2018.
- Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Genel Kısım, 18. Baskı, Ankara 2012.
- Toroslu**, Nevzat: Ceza Hukuku Özel Kısım, 9. Baskı, Ankara 2018.
- Toroslu**, Nevzat: Nasıl Bir Ceza Kanunu, Ankara 1987.
- Türkçe Sözlük, Türk Dil Kurumu Yayınları, 11. Baskı, Ankara 2011.
- Ünver**, Yener: “Türk Maddi Ceza Hukukunda Cinsel Suçların Eleştirisel Olarak İncelenmesi”, Türkiye-Slovenya Uluslararası Hukuk Sempozyumu Cinsel Suçlar ve Evlilik Hukuku, İstanbul 2013, s. 23-58.
- Vidal**, Georges/**Magnol**, Josephe: Ceza Hukuku, Çeviren: Şinasi Devrin, Ankara 1946.
- Williams**, Glanville: Criminal Law The General Part, Second Edition, 1998.
- Yenisey**, Feridun/**Plagemann**, Gottfried: Alman Ceza Kanunu, İstanbul 2009.
- Yurtean**, Erdener: Yargıtay Kararları Işığında Cinsel Suçlar, 3. Bası, Ankara 2018.
- Yüce**, Turhan Tufan: Ceza Hukukunun Temel Kavramları, Ankara 1995.
- Zafer**, Hamide, Ceza Hukuku Genel Hükümler TCK m. 1-75, 4. Bası, İstanbul 2015.